

THÈSE DE
PARIS.
1882
N^o. 55

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU BENEFICIUM CEDENDARUM ACTIONUM

DROIT FRANÇAIS

DÉLITS DE PRESSE

COMMIS PAR LA VOIE DU LIVRE

(Loi du 29 juillet 1 84)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Jules ROGER

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires - Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1882

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



PAR LE DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU BENEFICIUM CEDENDARUM ACTIONUM

DROIT FRANÇAIS

DÉLITS DE PRESSE

COMMIS PAR LA VOIE DU LIVRE

(Loi du 29 juillet 1881)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Vendredi
30 Juin 1882, à une heure et demie*

PAR

Jules ROGER

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PRÉSIDENT : M. J. LEVEILLÉ

SUFFRAGANTS	{	MM. LABBÉ	{	PROFESSEURS
		BEUDANT		
		CASSIN		
		MICHEL HENRY		AGRÉGÉS

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront
faites sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1882



A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MES FRÈRES



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN.



DU BENEFICIUM CEDENDARUM

ACTIONUM.

DROIT ROMAIN.

DU BENEFICIUM CEDENDARUM

ACTIONUM.

INTRODUCTION.

La condition essentielle du crédit, c'est, comme le mot (*credere*) l'indique, la confiance du public ou des personnes à l'épargne desquelles on fait appel; quoique bien des ruines aient montré, dans ces derniers temps, que crédulité et confiance sont encore synonymes quelquefois, on peut dire cependant qu'on n'inspire guère cette confiance sans donner des garanties. Ce n'est pas d'aujourd'hui que date la découverte de cette vérité; elle est bien vieille, et les Romains, si loin qu'on remonte dans leur histoire juridique, nous paraissent l'avoir connue.

Sans doute nous ne trouvons pas, organisées chez eux, ces sûretés réelles, tant appréciées dans les sociétés modernes. L'aliénation fiduciaire et le *pignus*, institutions rudimentaires et très-imparfaites, n'ont été remplacées

que fort tard par l'hypothèque. Et, même après les travaux de Justinien, après les derniers progrès accomplis, le système hypothécaire romain, sans publicité, reste bien loin du nôtre.

Comme toutes les législations naissantes, la législation romaine s'est d'abord attachée à un système de garantie moins compliqué, celui des garanties personnelles. Les mœurs primitives, l'existence de la clientèle et du patronat favorisaient le développement du cautionnement et en faisaient presque une institution nationale. Le client se devait à son patron et le patron cautionnait le client. Aussi le système des garanties personnelles, celui qui se présente d'ailleurs le premier à l'esprit de l'homme, arriva-t-il le premier à une organisation à peu près satisfaisante.

Tout de suite les Romains comprirent que ce qu'il fallait assurer, c'étaient les moyens de libération et les moyens de recours de ceux qui s'étaient offerts en garantie et qui avaient payé pour d'autres; on ne s'engage dans une affaire que quand on voit les moyens d'en sortir. Sur ce point, nous trouvons des règles très-sévères, en ce qui touche la *sponsio* et la *fidepromissio*, les deux premiers modes de cautionnement. Quand ils ont fait le paiement, les *sponsores* et les *fidepromissores* ont l'action *mandati*, pour se faire indemniser par le débiteur principal. Mieux protégé que le *fidepromissor*, le *sponsor* peut, s'il le préfère, exercer une autre action, dite *depensi*, qui lui donne le double, en cas d'*infiliatio* du défendeur; et même, s'il n'est remboursé dans les six mois, il peut se passer de jugement et recourir tout droit à une voie d'exécution, appelée *manus injectio pro judicato*, mainmise sur la personne et les biens du débiteur. Mais

ce n'est pas seulement contre le débiteur principal que la législation romaine, la plus ancienne, assure le recours de la caution qui a payé; entre les *sponsores* et les *fidepromissores* il existe de plein droit, en vertu de la loi Apuleia, une société, de sorte que celui d'entre eux qui paie au delà de sa part virile peut agir contre les autres; grâce à l'action *pro socio*, il obtiendra la répartition du surplus.

C'est cette idée de protection des garants que nous trouvons aux débuts de la législation romaine, en matière de cautionnement, que nous allons suivre et voir mise en œuvre partout où se produira la cession obligatoire des actions. Si nous l'avons placée en quelque sorte sous le pavillon du cautionnement, c'est que c'est dans cette matière, bien plus que dans toute autre qu'elle trouvera des applications. Puis ne pourrait-on pas dire que c'est encore une idée de cautionnement, l'idée d'une garantie réciproque, qui, le plus souvent se retrouve au fond de la corréalité et surtout de la solidarité?

Plus complet, parce qu'il a profité des leçons du passé, le droit moderne a réuni dans une synthèse, tous ces cas de cession d'actions que nous allons étudier, disséminés dans des matières différentes et, pour les régir il lui a suffi de quelques lignes : « La subrogation a lieu de plein droit : ... Au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter » (art. 1251-3°. C. civ.).

C'est en somme l'origine d'un cas de subrogation légale que nous allons étudier. Il y a bien, comme nous venons de le dire, une source unique dont les eaux se partagent et s'écoulent dans différentes vallées, mais nous ne pouvons la prendre pour point de départ. Le

droit romain n'a pas connu la règle générale, écrite dans l'article 1251 du Code civil, ou du moins il ne l'a pas formulée; nous allons donc être obligé de rechercher une à une, quelles sont les hypothèses dans lesquelles les Romains avaient admis la cession obligatoire des actions.

Auparavant il est nécessaire d'expliquer comment les Romains ont pu concevoir l'existence de la subrogation personnelle; nous diviserons donc notre sujet et nous étudierons successivement :

- I. La nature du bénéfice de cession d'actions.
 - II. Quelles personnes pouvaient l'invoquer.
 - III. A quelles conditions.
 - IV. A quel moment et comment se faisait la cession.
 - V. Quels en étaient les effets.
-

CHAPITRE PREMIER.

Nature du bénéfice de cession d'actions.

Pour assurer les recours des personnes qui ont payé pour d'autres, il pouvait être utile, nous le montrerons dans le cours de cette étude, non-seulement de leur donner une action personnelle contre ceux que le paiement avait libérés, mais encore de leur transférer, dans la mesure du possible, pour le recouvrement de leurs avances, toutes les garanties que possédait le créancier pour le recouvrement de sa créance. C'est ce que les jurisconsultes ont fait en imaginant, au profit de ces personnes, le bénéfice de cession d'actions.

C'était fort équitable, aussi équitable qu'utile; mais les jurisconsultes de tous les temps, et ceux de Rome plus encore que les autres, ont toujours aimé, même quand ils dérogent aux principes juridiques, à mettre d'accord avec ces principes leurs innovations; s'ils n'ont plus la réalité, il leur faut au moins une apparence, une fiction qui leur permette d'étayer les systèmes qu'ils ont bâtis. Nous n'examinerons pas ici comment les actions pouvaient être cédées en droit romain, nous aurons sur ce point un chapitre tout particulier; mais une autre difficulté se présentait. Comment pouvait-on

admettre la cession d'une action, c'est-à-dire, au fond, d'une créance, alors qu'il y avait paiement? Est-ce que le paiement ne faisait pas disparaître la créance, l'action et tout ce qui s'y rattachait?

Pour échapper à cette conséquence gênante du paiement, il fallait trouver quelque chose. Les jurisconsultes imaginèrent de dire qu'il n'y avait pas paiement, mais comme une vente des actions; la somme déboursée n'était plus donnée pour l'extinction d'une dette, mais comme prix de vente des actions cédées par le créancier désintéressé. C'est ce que Paul explique dans la loi 36, Dig., *De fid. et mand.*, 46. 1 : « *Cùm quis reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus acceptâ pecunia præstat actiones, poterit quidem dici, nullas jam esse, quum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sint; sed non ita, non enim in solutum accepit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit.* » Et cette fiction de vente n'a pas disparu avec le droit romain, nous la retrouvons en droit moderne, où elle nous est encore nécessaire pour expliquer certains effets de la subrogation.

Il s'agit bien d'une fiction, le texte nous l'indique : *Quodam modo vendidit*; s'il y avait une véritable cession de la créance, une vente proprement dite, le créancier serait astreint à la garantie de l'existence de la créance qu'il cède, et le cessionnaire n'en serait saisi, à l'égard des débiteurs, qu'autant qu'il aurait engagé la *litiscontestatio* ou leur aurait dénoncé la cession. Les textes ne nous disent rien de pareil; la plupart supposent, au contraire, l'emploi d'un subterfuge : « *Facta nominis redemptione solutio,* » dit la loi 14 au Code, *De fid.*, 8, 41; il y a eu paiement; c'est toujours l'idée de paiement

qui domine « *suum percepit... totum exsolvit*, » ce sont des expressions courantes que l'on retrouve dans presque tous les textes qui parlent de la cession des actions.

Mais il est un autre écart qu'il faut également éviter; on a soutenu, et cela pour en tirer des conséquences en droit français, que ce n'était pas la créance, mais seulement les accessoires qui étaient l'objet de la cession, et on a trouvé des textes à l'appui de cette opinion (Voir notamment les lois 2, 11 et 14 au Code, *De fid.*, 8, 41); il y est parlé de « *transfere pignora*, » « *jus pignoris... transfertur*. »

Mais alors il devient bien difficile, sinon impossible, de comprendre la fiction imaginée par les Romains; comment peut-on admettre, d'un côté, qu'il y a paiement éteignant l'action principale, et d'un autre, à l'égard des *pignora*, cession. Est-ce que l'accessoire ne doit pas suivre le sort du principal? La créance effacée, les sûretés disparaissent, en quelques mains qu'elles soient, qu'elles aient été cédées ou non. C'est donc bien l'ensemble des droits du créancier qui doit survivre, c'est l'action principale avec tous ses accessoires qui est censée vendue. On pourrait nous répondre, il est vrai, que lorsqu'on entre dans le domaine de la fiction, qu'on aille plus avant ou qu'on s'arrête après les premiers pas, peu importe, puisqu'on est toujours en dehors de la vérité. Mais voici quelque chose de plus précis; il existe un cas dans lequel le cessionnaire ne peut avoir d'autre action à exercer que l'action personnelle du créancier contre ses débiteurs; c'est donc que cette action a dû être cédée. La loi 17 Dig., *De fid.*, 46, 1, prévoit l'hypothèse d'un créancier, qui ayant plusieurs fidéjusseurs, est payé par l'un d'eux; il doit lui céder ses actions contre les autres fidéjusseurs.

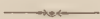
Or, à quoi bon cette cession, si elle ne devait comprendre l'action personnelle du créancier contre chaque fidéjusseur? Celui qui a payé n'a personnellement aucun recours, aucune action à exercer contre ses cofidéjusseurs; ce serait une mesure sans portée.

Malgré les apparences de fondement que la doctrine que nous combattons trouve dans les lois que nous avons citées, il faut donc admettre que la cession s'applique non-seulement aux garanties accessoires, mais encore aux actions mêmes du créancier. C'est du reste ce que disent presque tous les textes à l'exemple de la loi 5, *de censibus*, Dig. 50, 15, et de la loi 14 Code, 8, 41 : « *præstantur ou præstandæ sunt actiones.* »

Reste maintenant à donner une vue d'ensemble de la théorie romaine; comment les jurisconsultes pouvaient-ils accorder et mener de front la réalité de paiement et la fiction de la vente des actions? — Ils les cantonnaient chacune de leur côté, comme si elles eussent été complètement indépendantes. Le paiement restait avec tous ses effets au regard du créancier; et cela se comprend : la théorie de la cession des actions ne le touchait que très-indirectement; c'est pour le débiteur qu'elle avait été faite. Les jurisconsultes avaient été inspirés par cette maxime : « *Quod alteri non nocet, alteri prodest, facile concedendum,* » et ils l'avaient franchement appliquée, le créancier restait, en ce qui touche le paiement, soumis aux règles anciennes. La fiction n'avait été imaginée que comme un secours donné aux débiteurs (L. 17, *de fid.*, Dig.), elle n'était faite que pour eux, c'est donc pour eux seulement que survivent les actions après le paiement, et que la cession en a été possible; elle ne nuit en rien au créancier.

CHAPITRE II.

Quelles personnes peuvent invoquer le bénéfice de cession d'actions.



Celui qui paie, comme nous venons de le dire, peut demander la cession des actions; mais cette cession est-elle obligatoire quand c'est le premier venu qui la demande? Non évidemment. Toute personne qui a des fonds disponibles, ne peut pas venir frapper à la porte du créancier, le forcer d'accepter le paiement d'une dette même échue et lui demander la cession des actions. Le créancier a peut-être voulu faire un placement ou bien encore c'est un service qu'il a entendu rendre à un ami dont la solvabilité est certaine, et il ne tient aucunement à ce qu'un tiers vienne prendre sa place. Il ne faut pas oublier d'ailleurs le nom que prend la cession d'actions; on l'appelle *beneficium*, et nous venons de dire à l'instant que si elle est une faveur pour certaines personnes, elle ne doit jamais nuire au créancier.

Aussi les textes ne l'admettent-ils que dans certains cas et en faveur de certaines personnes, de personnes auxquelles ils reconnaissent un intérêt sérieux et légitime à l'invoquer.

Ces personnes peuvent se ranger en trois groupes, ce sont :

- I. Les cautions ;
- II. Les tiers détenteurs d'un bien hypothéqué ;
- III. Les codébiteurs solidaires.

Toutes ces personnes se présentent dans des conditions analogues. Les unes, — les cautions et les tiers détenteurs, — étaient tenues pour d'autres et avaient intérêt à payer ; les autres, — les codébiteurs solidaires, — étaient tenues personnellement et leur intérêt est plus évident encore.

Quand un des codébiteurs solidaires paie, c'est lui-même qu'il libère ; mais, comme nous le verrons plus tard, s'il ne faisait que payer sa dette personnelle et se libérer, il n'aurait aucun recours à exercer ; il faut donc ajouter ici une autre condition ; c'est qu'en même temps — et accessoirement sans doute, — il ait agi dans l'intérêt d'autres personnes contre lesquelles il puisse recourir.

I. — *La caution.*

S'il est une personne, à laquelle il convenait de donner le droit d'exiger que le créancier désintéressé lui cédât ses actions, c'est assurément la caution. Elle s'est engagée pour le débiteur ; elle lui a prêté l'assistance de son crédit, elle a donné au créancier des garanties et elle a fait plus encore, elle vient de le payer ; aussi est-ce de la caution que les jurisconsultes se sont tout d'abord occupés, quand ils ont créé la cession obligatoire des actions.

Le cautionnement se conçoit de deux manières : on

peut promettre pour autrui, former un engagement personnel ou bien on peut hypothéquer un bien pour sûreté de la dette d'autrui. Dans le premier cas, celui qui s'est engagé répond de son engagement sur tout son patrimoine, il est une véritable *caution*; dans le second cas, il ne peut être poursuivi que pour le bien affecté à la dette et seulement tant qu'il le détient, il est une *caution réelle*.

Comme nous l'avons dit plus haut, les Romains avaient donné la préférence aux garanties personnelles; il n'y a donc rien d'étonnant à ce que nous trouvions chez eux des formes multiples de ces garanties; elles marquent les divers degrés de perfectionnement que la science juridique a dû franchir.

A l'origine et correspondant à l'état primitif où le droit est encore étroitement national, nous trouvons la *sponsio*, dont la formule est à l'usage exclusif des citoyens romains. La société grandit, les relations s'étendent; la stipulation mise à la portée des pérégrins, une nouvelle forme de cautionnement paraît : la *fidepromissio*, ouverte à tous sans distinction de nationalité. Enfin les restrictions dont le législateur avait entouré ces deux premières formes du cautionnement firent naître la *fidejussio*, « plus large dans ses applications et plus pleine dans ses effets. »

Le pacte *de constitutâ pecuniâ* et le *mandatum pecuniæ credendæ* ne furent que l'application à notre matière de modes de contracter déjà existants et d'un usage plus général.

Nous avons ainsi énuméré toutes les façons de s'engager pour autrui, sans éteindre sa dette; maintenant voyons si la cession des actions peut être exigée par ceux

qui ont employé ces diverses formes du cautionnement.

Pour le *mandator pecuniæ credendæ* et le fidéjusseur, pas de doute ; de nombreux textes leur accordent le bénéfice de cession d'actions (LL., 17, 36, Dig. *De fid.* — L. 95, § 10, Dig. *De sol.*, 46. 3. — L. 18, Dig. *mand.*, 17. 1). Nous verrons que le *mandator* peut même demander la cession après avoir payé. Quand il s'agit du pacte de constitut, nous ne pouvons être aussi affirmatif ; aucun texte n'en parle à ce point de vue. Cela prouverait seulement, comme le dit M. Accarias, le peu d'usage du constitut. De même, quand il s'agissait d'un autre avantage accordé à la caution, du bénéfice de discussion, Justinien avait, dans sa Nouvelle 4, passé sous silence le constitut, et ce n'est que dans la Nouvelle 56 qu'il a réparé cette omission. — Et d'ailleurs la raison que donne Justinien (L. 3 *De const. pecun.*, C. 4, 18) pour étendre à ceux qui se sont engagés par un pacte de constitut le bénéfice de division, est générale et nous autorise à soutenir que le *constituens* avait aussi le droit d'exiger la cession des actions. Voici en effet le motif que donne Justinien, c'est une raison d'équité : *Æquitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet.*

Restent les *sponsores* et les *fidepromissores*, ils sont oubliés ; c'est que ces deux formes de cautionnement devenaient de plus en plus rares et tendaient à disparaître quand le bénéfice de cession d'actions vit le jour. Il était d'ailleurs beaucoup moins nécessaire aux *sponsores* et aux *fidepromissores* d'obtenir la cession d'actions ; nous avons vu que leur recours contre le débiteur, pour lequel ils avaient payé, était garanti d'une façon toute spéciale. De plus, pour assurer entre eux la répartition de la charge de leur obligation, la loi Apuleia leur avait donné l'action

pro socio, elle avait établi entre eux une société. Enfin en Italie la loi Furia avait fait plus encore; elle avait rendu ces recours inutiles, en décidant que la dette se diviserait de plein droit, au jour de l'échéance, entre tous ceux qui vivaient encore, et cela, sans tenir compte de leur solvabilité. C'est encore une raison puissante de douter qu'ils aient pu en même temps obtenir la cession des actions; car nous verrons que si le fidéjusseur pouvait, lui aussi, obtenir la division des poursuites, il devait, dans ce cas, renoncer à l'espoir d'obtenir la cession des actions; ces deux bénéfices étaient incompatibles.

Comment concevoir qu'un *sponsor* ou un *fidepromissor*, quand il est protégé par la loi Furia, puisse exiger cette cession des actions? Pour cela il faut qu'il paie toute la dette; or, la division a lieu *ipso jure*, il ne doit que sa part virile; pour l'excédant, il ferait donc une libéralité. Ce n'est pas celui qui fait une libéralité, le premier venu qui paie la dette, que les jurisconsultes ont voulu protéger, en créant le bénéfice de cession d'actions; rien ne l'obligeait à payer, tant pis pour lui s'il s'est mis dans une impasse, nul secours ne lui est dû.

Donc, toutes les fois que la loi Furia s'applique, c'est-à-dire pour tous les contrats passés en Italie, on peut dire que le bénéfice de cession d'actions n'est pas accordé aux *sponsores* et *fidepromissores*. Voilà le champ de la discussion bien restreint; la *sponsio* était-elle fréquente dans les provinces? Nous ne le pensons pas; elle n'était possible qu'entre citoyens romains. La même condition n'existait pas pour la *fidepromissio*, elle pouvait se faire entre pérégrins. La question avait donc, pour cette forme du cautionnement, un caractère plus pratique, et il est très-pro-

bable qu'elle fut résolue, dans le sens de l'extension, à tous les *adpromissores*, du bénéfice de cession d'actions. Les Romains, en effet, appliquèrent toujours les lois nouvelles à tous les modes de cautionnement existant au moment où ils les portaient. Nous le voyons pour les lois Apuleia et Furia, communes aux *sponsores* et *fidepromissores*, et Gaius nous dit de la loi Cornelia, défendant de s'obliger dans la même année envers une même personne et au profit du même débiteur, pour plus de 20,000 sesterces, qu'elle s'appliquait aux trois formes d'*adpromissiones* : « *Beneficium legis Corneliæ omnibus commune est* » (Gaius, c. III, § 124).

Le silence des textes sur notre question s'expliquerait d'ailleurs, parce qu'à l'époque classique la *sponsio* et la *fidepromissio* étaient tombées en désuétude.

Toute caution pouvait donc exiger la cession des actions, de quelque manière qu'elle se fût engagée; mais dans quelle mesure? pouvait-elle exiger la cession de toutes les actions que possédait le créancier?

On l'a contesté; M. de Savigny refuse au fidéjusseur le droit d'exiger la cession des actions contre ses cofidéjusseurs. — En faveur de sa doctrine, nous trouvons d'abord la loi 11, *De fid.*, C. 8, 41. « *Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit.* » Le texte est formel; le fidéjusseur, qui a payé la dette toute entière, n'a pas d'action contre son cofidéjusseur.

Gaius, dans son Com. III, § 122, donne la même solution et le texte de Justinien la reproduit : « *...Si creditor ab uno totum consecutus fuerit, hujus solius detrimenti erit, scilicet si is pro quo fidejussit solvendo non sit.* »

Celui qui a payé en supporte seul les conséquences, c'est donc qu'il n'a aucun moyen de recours contre ses cofidėjusseurs.

C'est bien ce que semblent dire les textes ; mais il n'y est question que d'une action nouvelle, née en la personne du fidėjusseur, nullement de la cession des actions et cela ressort notamment, dans le Commentaire de Gaius, des mots, qui précèdent la citation que nous en avons faite. « *Alia sane est fidejussorum conditio; nam ad hos lex Apuleia non pertinet. Itaque si creditor,* etc. » Les fidėjusseurs n'ont pas comme les *sponsores* et *fidepromissores*, l'action *pro socio*, ni une action qui naisse en leurs personnes. Voilà tout ce qu'affirme le texte. Un mot de la cession d'action eût, il est vrai, comblé la lacune, en expliquant comment ils pouvaient recourir les uns contre les autres; Gaius n'en dit rien; mais il n'en parle pas davantage en ce qui concerne le recours contre le débiteur principal.

Aussi l'opinion de M. de Savigny est-elle restée un peu isolée; elle ne tient compte des règles générales écrites dans les lois 17 et 36, *De fid.*, Dig. La loi 17 nous semble d'ailleurs bien explicite dans notre hypothèse : elle dit que le créancier payé est obligé de céder au fidėjusseur, qui offre de payer le tout, *cæterorum nomina*, ses actions contre les autres débiteurs, principaux ou accessoires (1).

La généralité du texte nous conduit à donner la même solution à l'égard du tiers-détenteur; il dut en être ainsi, tant que Justinien ne lui eut pas permis (Novel. 4) de

(1) Cujas, Pothier, *Pandect.*, *De fid.* — M. Demangeat, *Oblig. sol.* p. 218, ont ainsi interprété ces expressions.

réclamer la discussion préalable de ceux qui étaient tenus personnellement; la cession des actions put être obtenue contre lui.

Reste la caution réelle. Les textes ne disent pas si elle pouvait ou non exiger la cession des actions; mais des raisons d'analogie nous font admettre l'affirmative. Il s'agit, en effet, d'une mesure d'équité, et nous ne voyons rien qui empêche la caution réelle d'en profiter, alors qu'au fond sa situation est identique à celle des autres cautions.

II. — *Le tiers-détenteur.*

Un tiers détenteur peut payer la dette, à la sûreté de laquelle le bien qu'il a acquis est affecté, dans des circonstances fort différentes.

S'il est un acheteur, il a pu verser le montant du prix de vente entre les mains du créancier hypothécaire; alors il n'a pas de recours à exercer, il n'a payé que son dû; donc pas de cession des actions (1).

Mais l'acquéreur est un donataire, un légataire, un échangeur ou bien un acheteur qui a déjà payé au vendeur son prix de vente; il est poursuivi, il est forcé ou de payer ou de délaisser son bien, il ne peut échapper à cette alternative. Il est donc dans la même situation que la caution, il a contre le débiteur principal une action *de in rem verso*, action personnelle, peut-être bien insuf-

(1) Il n'est plus exposé qu'à un danger, et ce n'est pas la cession des actions qui l'en préserve; dans le cas où d'autres créanciers hypothécaires voudraient lui demander encore de payer ou voudraient vendre le bien en question, la *successio in locum* protège l'acquéreur; elle lui donne, vis-à-vis d'eux, la place du créancier hypothécaire, qu'il a remboursé.

fisante; peut-il exiger la cession des actions? Assurément. La loi 19, *Qui pot.*, Dig., 20, 4, en donne le droit à l'héritier qui a reçu un bien hypothéqué, alors que son auteur n'était pas personnellement tenu de la dette, et le même texte nous permet d'en dire autant, au cas où le bien hypothéqué aurait été donné à titre de dot au tiers détenteur.

Même solution encore dans la loi 57, *De leg. et fid.*, Dig., 30, 4, qui permet au fidéicommissaire de réclamer la cession des actions contre l'héritier, quand le testateur n'a pas expressément exonéré ce dernier de tout recours.

L'acheteur est dans une situation plus favorable que tous ces acquéreurs à titre gratuit; il a payé son prix, on l'oblige à payer encore, il peut recourir en garantie; à plus forte raison lui accorderons-nous la cession des actions.

III. — *Le codébiteur solidaire.*

En droit romain, sous ce titre, nous rangerons deux personnes diversement tenues; nous parlerons de l'obligation *in solidum* ou *solidarité* et de la *corréalité*.

Solidarité. — La solidarité peut résulter de faits variés; toujours elle réunit ces caractères communs : l'obligation de plusieurs personnes à une seule dette indépendamment de leur volonté, la multiplicité des actions et l'extinction des obligations de tous par le paiement d'un seul.

Il est juste que celui qui, en payant, libère tous les autres, puisse recourir contre eux, aussi les Romains ont-ils accordé aux codébiteurs solidaires, outre l'action

pro socio, directe s'il y a société, utile dans le cas contraire, le droit d'exiger la cession des actions pour assurer la répartition de la dette. Cependant, dans certains cas, lorsque l'obligation est le résultat du dol personnel de celui qui a payé, ou quand elle doit son existence à un dol commun à tous les débiteurs, ils ont posé la règle contraire : « *Nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est,* » dit d'une façon générale la loi 1, § 14, *De tut. et rat.* Un seul coupable paie pour tous, règle souverainement inique, que les Romains ont critiquée, mais conservée.

Corréalité. — La corréalité n'est pas, comme la solidarité, la conséquence naturelle de certains faits; pour qu'elle existe, il faut qu'elle soit voulue, elle ne se présume jamais. Elle peut résulter d'un contrat de bonne foi, aussi bien que d'un contrat de droit strict⁽¹⁾. Dans le premier cas, il n'est pas douteux que cette mesure d'équité, la cession forcée des actions lui soit applicable. Mais en est-il de même quand l'obligation corréale résulte d'un contrat de droit strict?

La question se divise; quand il y a société entre les *correi debendi*, il paraît bien certain que celui d'entre eux qui a acquitté la dette, a le droit de recourir contre les autres et, par suite, d'exiger la cession des actions, devenues inutiles entre les mains du créancier. Jusqu'ici les interprètes sont d'accord; mais ils cessent de s'entendre quant au sort réservé aux *correi non socii*. Les uns⁽²⁾ se fondent sur la loi 62, *ad leg. Falcid.*, Dig., 35, 2, pour soutenir qu'il faut restreindre la solution

(1) M. Labbé, à son cours.

(2) M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 324 et 325.

adoptée, au seul cas où il y a société entre les *correi*. Voici l'hypothèse que prévoit cette loi : Il s'agit de faire, pour le calcul de la Falcidie, le total de l'actif et du passif d'une succession. Julien se demande, dit Ulpien, pour quelle somme il faut inscrire à l'actif ou au passif, une créance ou une dette corréale; quand il y a société, pas de doute; c'est pour une part d'associé. « *Quod si societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id, quod debetur, vel ex cuius bonis detrahi.* »

Pourquoi ces mots : *in pendenti*, si la cession forcée existe même quand il n'y a pas société? « Comment, dans cette doctrine, dit M. Accarias, Ulpien pourrait-il nous dire qu'étant donné deux *correi promittendi* non associés; on ne sait pas d'avance quel est celui dont le patrimoine est grevé? N'est-il pas de la dernière évidence que la dette corréale devant finalement, grâce à la cession d'actions, se diviser entre eux, dès à présent on la compterait pour moitié dans le passif de l'un et de l'autre? Car il y aurait puérilité à raisonner dans la supposition que celui des deux qui paiera ou qui sera poursuivi, négligera d'invoquer le bénéfice que la loi lui accorde. »

Toute l'argumentation porte donc sur ces mots : *in pendenti*, et c'est le seul texte invoqué en faveur de cette doctrine.

Pour y répondre, et d'une manière générale pour éclairer l'étude de la question, il faudrait tout d'abord se rendre compte de ce que pouvait être la corréalité en l'absence de toute société?

N'y avait-il place, en dehors de l'idée de société, demande M. Machelard, « qu'à une combinaison aléatoire,

à une espèce de loterie par suite de laquelle, ni le gagnant, ni le perdant, n'aurait de compte à rendre ou à demander? En général, on a supposé assez volontiers que cette conception bizarre avait été acceptée par les jurisconsultes de Rome, et des esprits ingénieux se sont évertués à expliquer comment était possible, dans la réalité des faits, cette chimère qu'ils n'ont pas réussi à faire éclore (1)? »

Sans doute il ressort des textes que la corréalité ne crée aucun rapport entre les *correi*; mais en résulte-t-il que derrière l'obligation corréale ces rapports n'existent pas, absolument indépendants et servant à l'expliquer? En dehors du cas de société, il est facile d'admettre qu'il y a eu un mandat de l'un des *correi* à l'autre, que l'un des *correi* n'est que la caution de l'autre (2). Il est même très-probable que ce moyen de cautionnement fut employé pour échapper aux restrictions de la loi Cornélia et garantir toute dette supérieure à 20,000 sesterces (3).

Les textes nous disent que si les *correi* sont *socii* (c'est-à-dire, en définitive, si l'affaire les intéresse tous les deux), ils recourront l'un contre l'autre en cas de paie-

(1) *Revue de législation*, 1875. — Observations sur la corréalité, par M. Machelard. — Voir aussi un article très-intéressant de M. Appleton, *Revue de législation*, 1876.

(2) Nous avons une preuve directe de ce fait qu'un engagement solidaire était usité en droit romain comme équivalent d'une fidéjussion, dans la loi 4, Cod., *De duobus reis*, 8, 40. « *Propter mutuum uni datam pecuniam aliis reis promittendi factis, ob non numeratam sibi pecuniam remitti desiderio postulantium jura refragantur.* »

(3) Peut-être l'obligation corréale fut-elle le moyen employé par Crassus pour cautionner César, qui devait 5 millions de francs. — Au taux de la loi Cornelia, il aurait fallu que César trouvât douze cent cinquante cautions!

ment intégral par l'un d'eux; cela se comprend. — Mais s'ils ne sont pas *socii*, c'est qu'ils sont cautions, et alors ont-ils besoin de recourir? On peut répondre que non en général; ce sera presque toujours le débiteur principal qui ira payer.

Que si, par extraordinaire, le créancier non payé s'était adressé au *correus*, véritable caution, celui-ci, au moyen de la cession d'actions, recourrait immédiatement et pour le tout contre son *correus*, véritable débiteur principal. Si ce dernier voulait, après avoir payé, poursuivre sa propre caution, au moyen des actions du créancier qu'il se serait fait céder, il serait certainement repoussé par l'exception de dol. Cette hypothèse nous permet d'interpréter la loi 62. — Il n'y a pas de société; c'est qu'il y a un cautionnement déguisé. Mais qui est la caution et qui le débiteur principal? L'affaire peut être obscure, et jusqu'à ce qu'elle soit éclaircie, il faut dire avec Julien qu'elle est *in pendenti*. — On voit donc que la loi 62 ne prouve pas qu'il n'y a pas de cession d'actions. Il est certain que la cession d'actions sera obligatoire une fois les rapports entre *correi* prouvés, même d'après la théorie de M. Accarias, qui exige, comme condition de la cession forcée, l'existence d'un droit antérieur du cessionnaire, soit contre le créancier, soit contre le débiteur.

Mais cette exigence de M. Accarias est-elle prouvée, a-t-elle un fondement assuré? Nous ne le pensons pas. En effet, la situation des *correi non socii* est la même que celle des cofidéjusseurs entre eux; ces derniers n'ont pas, les uns contre les autres, ce droit antérieur que l'on exige pour la cession forcée des actions et cependant elle leur

est accordée; il n'y a donc pas de raison pour la refuser aux *correi delendi* (1).

La loi 2, *De duobus reis*, au Code 8, 40, confirme d'ailleurs notre opinion : le *rector provinciæ*, dit-elle, n'hésitera pas, — si vous prouvez que vous avez payé toute la dette, — à vous donner une action utile (*juvare te*) contre celui avec qui vous avez emprunté. Et cette action utile, ce recours n'est autre chose que la cession sous-entendue. — Reconnaître son existence, c'est admettre par *à fortiori* que, dans ce cas, la cession forcée des actions existe et que celui à qui est accordée l'action utile, pouvait la demander.

Les adversaires de cette doctrine ont prétendu, il est vrai, que, dans notre hypothèse, il s'agissait de *correi socii*, et ils ont argué d'un mot pour soutenir leur prétention, du mot « *communiter*. » Ils ont vu là une preuve d'un intérêt commun. Est-ce bien le sens littéral de cette expression et ne signifie-t-elle pas plutôt que les *correi* ont emprunté ensemble? Nous croyons que lui faire dire quelque chose de plus, c'est exagérer sa portée. — D'ailleurs, s'il y avait société, le recours existait et la question de la cession ne pouvait faire doute, dès lors à quoi bon la soumettre à l'empereur? pourquoi un rescrit et comment expliquer le mot : *juvare*?

(1) Peut-être pourrait-on objecter que le fidéjusseur a bien un droit antérieur pour exiger la cession des actions; on raisonnerait ainsi : Contre le débiteur principal, le droit antérieur, le droit de recours du fidéjusseur est certain. Le fidéjusseur peut donc demander la cession des actions contre lui; mais les obligations des cofidéjusseurs ne sont que l'accessoire de l'obligation du débiteur principal, les actions qui existent contre eux, doivent donc avoir le même sort que l'action du créancier contre le débiteur et leur cession ne peut être refusée.

CHAPITRE III.

**A quelles conditions était soumis l'exercice
du *beneficium cedendarum actionum*.**

L'exercice de ce droit que nous étudions était soumis à deux conditions : il fallait que le débiteur acquittât toute la dette et que la demande de cession fût faite à temps.

La première condition imposée au débiteur qui réclame la cession des actions du créancier est de désintéresser complètement ce créancier (L. 17, *De fid.*, Dig. LL. 2 et 11 eod.). Les Romains n'ont jamais accepté, dans ce cas, l'idée d'un paiement partiel et d'une cession partielle aussi des actions, telle que l'admet notre article 1252 C. civ.

Loin de là, nous voyons dans la loi 2, *De fid.*, C., une exigence plus grande encore. — Quand le bien, hypothéqué à la dette dont on offre le paiement, est affecté à une autre dette, le créancier ne peut être contraint à la cession qu'autant que celui qui la réclame, paie le montant des deux créances hypothécaires.

Et cela s'explique ; la première dette hypothécaire éteinte, l'immeuble hypothéqué est degrevé d'autant et la seconde en est d'autant mieux garantie. Faire revivre la première, c'eût donc été nuire aux intérêts du créancier ;

ce que les Romains ne voulaient pas. Peut-être aussi ne leur vint-il pas à l'idée qu'il y avait là deux créances distinctes, absolument étrangères l'une à l'autre, et qui devaient rester sans influence l'une sur l'autre; peut-être oublièrent-ils que le créancier auquel l'équité défendait que la cession fût nuisible, ce n'était pas Primus, un individu vivant, titulaire de plusieurs créances, mais ce même Primus, envisagé par abstraction et seulement comme titulaire de la créance soldée?

Quoi qu'il en soit, la solution est certaine; mais aussi elle est spéciale à la cession de l'hypothèque, nous ne l'étendrons pas à d'autres hypothèses.

La seconde condition, c'est d'exercer le bénéfice de cession, d'actions à temps; c'est-à-dire avant l'extinction des actions. Toutes les actions s'éteignent par le paiement, sauf dans un cas pourtant. Le *mandator pecuniæ credendæ*, lorsqu'il paie, ne fait que répondre à ses obligations de mandant (L. 95, § 10, *De sol.*, Dig. 46, 3), la dette subsiste, les actions peuvent encore être cédées.

Les actions sont encore éteintes par la *litiscontestatio*; dans les cas où le créancier n'avait qu'une action, ne pouvait agir qu'une fois, il est évident qu'après la *litiscontestatio*, la cession devenait impossible; elle n'avait plus d'objet. — C'est ce qui se produisit jusqu'à Justinien pour toutes les *adpromissiones* et pour les obligations corréales. Il était de l'essence de la *fidejussio indemnitalis* de survivre aux poursuites contre le débiteur principal, la cession pouvait donc être accordée contre ceux qui avaient employé cette forme de cautionnement après la *litiscontestatio*.

Nous en dirons autant de ceux qui avaient cautionné au moyen du pacte de constitut; ce n'est pas, du reste,

une exception au principe extinctif de la *litiscontestatio*; il y avait autant d'actions que de débiteurs.

Quant aux *mandatores*, la même raison qui laissait subsister les actions, après paiement par eux effectué, devait les laisser survivre à la *litiscontestatio*, au procès engagé à raison de leurs obligations. Même après Justinien, eux seuls peuvent demander la cession après paiement.

On pourrait donner une autre raison à la nécessité de faire la demande de cession avant le paiement, ce n'est pas seulement parce que les actions n'existent plus après paiement qu'il faut en demander la cession avant de payer; c'est encore et surtout parce qu'après le paiement leur existence serait inutile sans la demande de cession. — Quel moyen aurait, en effet, le débiteur qui a payé, de se les faire céder? Sauf dans le cas où il est *mandator*, il n'a aucune action contre le créancier.

Au contraire, s'il demande la cession avant de payer, il ne sera pas impuissant. Contre un créancier récalcitrant, il aura une exception de dol, comme nous allons le voir. Le créancier consent-il à la cession? Sa demande, accueillie par le créancier et suivie du paiement, donnera naissance à un contrat innommé : *do ut des* et l'action *præscriptis verbis* qui en résultera lui permettra d'agir après le paiement; il sera dans la même situation que le *mandator*.

Les actions survivent à la *litiscontestatio* et au paiement, par cela seul que le créancier est tenu de les céder; c'est ce que dit la loi 36, *De fid.*, Dig. : « *Et ideo habet actiones, quia tenetur ad ipsum, ut præstet actiones* (1). »

(1) A l'appui de cette théorie, voir : Donelli, *Comment. in Cod.*, t. IX, 1336.

CHAPITRE IV.

A quel moment et comment se faisait la cession.

Le créancier, à qui un des codébiteurs ou cautions offre le paiement peut l'accepter ou avoir quelques critiques à faire. S'il l'accepte, il est probable qu'il consentira facilement à la cession des actions, qui désormais lui seront inutiles. C'est l'hypothèse la plus simple; il y aura cession volontaire.

La cession se fera au moyen d'un mandat *ad litem*, le cessionnaire sera *procurator in rem suam*. Pour que le mandat soit possible, il faut nécessairement que le *procurator* soit capable de plaider pour autrui; ainsi, sans parler des *infantes*, des esclaves, des sourds-muets et des fous qui ne pouvaient pas même ester en justice pour leur propre compte, on aurait dû, pour appliquer la règle, refuser l'exercice du bénéfice de cession d'action aux femmes, aux aveugles, aux militaires, aux infâmes. Mais, comme le fait remarquer Donneau, pour que ces règles d'incapacité s'appliquent, il faut que les personnes en question soient véritablement *procuratores, id est alienæ rei*. Il serait absurde de leur défendre de gérer leurs affaires; ce n'est que, *subtilitate juris*, que le *procurator in rem suam* est dit *procurator*; au fond, les actions que le créancier lui a cédées, il les exerce comme siennes :

re verâ et effectu sunt ejus ⁽¹⁾. Les Romains l'avaient compris ainsi (Paul, I, 2, § 2. — L. 8, § 2 *De proc.*, III, 3). Restaient les infâmes qui ne jouissaient pas de cette faveur; Justinien nous apprend dans le § II, *Inst.*, liv. IV, t. XIII, qu'il a supprimé cette incapacité.

Voilà donc le moyen de cession rendu général; mais il avait tous les inconvénients du mandat; jusqu'à la *litiscontestatio*, qui opérait novation, la cession demeurait soumise aux caprices du cédant, le mandat pouvait être révoqué et il s'éteignait à la mort du cédant.

Des réformes successives firent disparaître ces inconvénients et donnèrent toute sécurité au cessionnaire.

Ce moyen convenait très-bien, quand créanciers et débiteurs étaient d'accord, quand la cession avait lieu volontairement avant le paiement du prix; mais qu'est-ce qu'une garantie qui dépend de faits accidentels, de l'arbitraire individuel d'un tiers? Cela ne pouvait suffire évidemment, et les cas les plus nombreux restaient en dehors de cette concorde si parfaite.

Il faut donc examiner les moyens de contrainte accordés au débiteur.

Les Romains avaient admis en règle générale que le débiteur, qui pouvait demander la cession des actions, avait le droit de refuser le paiement jusqu'à ce que cette cession lui eût été accordée par le créancier.

Le débiteur, pour arriver à ce résultat, faisait insérer dans la formule une exception de dol; et alors le juge

(1) « Subtilitate juris procurator est dum executionem spectamus, dum exitum et commodum, re vera est dominus actionis et litis. Actiones enim exercet non nomine ejusquî mandavit, sed suo : in rem suam, non alienam. Unde et procurator dicitur in rem suam. » HUGONIS Donelli, *Comment. De jure civili*. — Lib. 18, cap. XI, v.

se trouvait placé dans cette alternative, ou de condamner le débiteur et de l'obliger à payer, ou de l'absoudre et de renvoyer le créancier non payé. — Résultat inique le plus souvent; aussi l'exception de dol était-elle plutôt un moyen de contrainte morale, une menace devant laquelle devait céder le créancier.

Cependant il pouvait se faire et il arrivait certainement quelquefois que le créancier ne commettait aucun dol en refusant la cession; la somme offerte ne lui semblait pas suffisante, il prétendait qu'il lui était dû davantage, il pouvait être de bonne foi. Que faire alors? Insérer l'exception de dol, c'était assurer la condamnation du débiteur qui de son côté pouvait avoir raison. Les Romains devaient avoir imaginé quelque chose. Nous avons parlé dans le chapitre précédent d'une convention, antérieure au paiement et par laquelle le créancier s'engageait à céder les actions; cette convention, corroborée par le paiement, donnait naissance à une action, grâce à laquelle le *solvens* pouvait exiger la cession; elle assurait par suite la conservation, la survie de ces actions au paiement, ainsi que nous l'avons dit. Cette convention pouvait fournir aux Romains un moyen de sortir de la difficulté. Le créancier et le débiteur, menacés de poursuites, étaient tous deux de bonne foi; il n'y avait désaccord que sur le montant de la somme à payer; ils pouvaient convenir que la cession aurait lieu, moyennant le paiement de la somme déterminée par le juge. Le juge tranchait ainsi la seule question où ils fussent en désaccord, il liquidait les droits du demandeur et la cession restait possible, puisque les actions avaient survécu, à la *litis contestatio*, grâce à l'obligation où se trouvait le créancier de les céder.

Qu'elle fût volontaire ou forcée, la cession se faisait toujours de la même manière au moyen d'un mandat *in rem suam*; après les retards causés soit par la négligence, soit par la mauvaise volonté du créancier, venait la mise à exécution de cette formalité juridique compliquée et parfois cette mise à exécution était rendue impossible; il suffisait pour cela que le cédant mourût sans héritiers dans l'intervalle entre le mandat et la litiscontestation. Il n'y avait plus de cédant de qui on pût insérer le nom dans l'*intentio* de la formule, la cession devenait impossible.

C'est sans doute pour remédier à ces inconvénients, que, dans certains cas devenus de plus en plus nombreux avec le temps, les Romains permirent à celui qui y avait droit, d'exercer directement l'action en son propre nom, sans ce détour superflu.

« C'est ce qu'il faisait sous la forme d'une *utilis actio* par laquelle ce cessionnaire agissait, non pas en qualité de *procurator* du cédant, mais *suo nomine*, ce qui signifie que l'*intentio* de la formule contenait, non pas le nom du cédant, mais celui du cessionnaire. Ce changement reposait sur cette idée que la cession, d'ailleurs forcée, devrait être traitée comme si elle avait réellement eu lieu (1). »

L'action utile ne conférait évidemment pas plus de droits que n'en eût donné la *procuratio in rem suam*, puisque la seule différence, quant à la formule, était la substitution dans l'*intentio*, du nom du cessionnaire à la place de celui du créancier, et que le débiteur exerçait

(1) De Savigny, *Le droit des obligations*, traduit par MM. Gérardin et Jozon, t. I, p. 272. — Gaius, II, § 253; IV, § 38. — Gaius, IV, § 34, rapproché d'Ulpien, XXVIII, § 42.

l'action utile *suo nomine*, mais *exemplo creditoris*, comme le disent les lois 3, Cod. 4, 39 et 5, Cod. 4, 15.

Antonin le Pieux l'avait introduite tout d'abord dans un cas où elle devait être spécialement nécessaire, le cas de vente d'une hérédité (L. 16, *De pactis*, D., 2, 14); successivement elle fut étendue : par Alexandre Sévère, au cas où une créance avait été donnée en gage (L. 4, Cod. 8, 17), avant Dioclétien, au cas de cession à titre onéreux (L. 2, Cod. 4, 10), enfin par Justinien, à la cession à titre gratuit (L. 33, Cod. 8, 54).

Dans notre matière existe-t-elle toujours, existe-t-elle de plein droit dans les cas où la cession d'actions pourrait être exigée; en un mot, les Romains sont-ils arrivés à l'application complète de la théorie de la subrogation légale ?

Il n'y a plus personne qui le soutienne. Dumoulin avait voulu établir que le débiteur solidaire, qui paie toute la dette, est subrogé de plein droit dans les actions du créancier, lorsqu'il ne s'est pas fait consentir la subrogation; mais deux textes disent positivement le contraire, et les explications qu'il essaie d'en donner n'ont été admises par personne. Ces deux textes sont la loi 76, *De solut* D., 46, 1 et la loi 1, *De contr. jud. tut.* C., 5, 57. Nous les laissons de côté pour le moment, et nous arrivons de suite au fragment d'Ulpien, qui avait servi de base à la doctrine de Dumoulin. C'est là que nous allons retrouver une action utile, analogue à celle qu'Antonin avait introduite en matière de vente d'hérédité.

« Si un tuteur, dit Ulpien, condamné pour le fait de son cotuteur ou pour un fait commun, a payé, et que les actions ne lui aient pas été cédées, il a été décidé par Antonin le Pieux, par notre empereur et par son père,

qu'on doit lui donner une action utile contre son cotuteur (1). »

Ce tuteur qui a payé après avoir été condamné, avait le droit d'exiger la cession des actions; s'il ne l'a pas obtenue, c'est qu'il a oublié de la demander; on ne veut pas, pour l'oubli d'une simple formalité, le priver de ce moyen de recours, de là la décision d'Ulpien. Mais il faut bien remarquer dans quelles circonstances elle se présente, le tuteur a été *condamné*; s'il avait payé spontanément, il ne pourrait s'en prendre qu'à lui de sa négligence à demander la cession des actions; l'action utile lui serait refusée. Et cette remarque, limitant d'une façon certaine les conditions de l'existence de l'action utile, nous permet d'écarter l'antinomie qui semble exister entre le texte d'Ulpien et les deux textes dont nous parlions tout à l'heure; ces deux textes prévoient des cas de paiement volontaire. C'est ce qui ressort principalement du second, de la constitution des empereurs Sévère et Antonin : « *Si pro contutore judicato pecuniam solvisti, nullum judicium tibi contra pupillum competit ut delegetur tibi adversus liberatum actio. Quod si nomen emisti, in rem tuam procurator datus, heredes judicati poteris convenire* (2). »

(1) Traduction de M. Demangeat, *Oblig. solid.*, p. 243. (L. 1, § 13, *De tut. et rat.*, D. 27, 3.) La loi 2 Cod., 5, 58 (rescrit de l'empereur Antonin Caracalla) donne la même solution.

(2) L. C., *De contr. jud. tut.*, 5, 58. « Si vous avez payé pour votre cotuteur condamné, vous n'avez point d'action pour forcer le pupille à vous déléguer un débiteur déjà libéré. Que si vous avez acheté la créance du pupille, étant constitué *procurator in rem tuam* vous pourrez poursuivre les héritiers du tuteur condamné. » — La plupart des éditions portent *in rem tuam*; c'est une faute. — M. Demangeat, *Oblig. solid.*, p. 243, note 2.

Dans ces limites, quand le tuteur a payé, sans que la dette résulte de son dol personnel ou d'un dol commun à tous les tuteurs, l'action utile lui est toujours assurée, il peut négliger de demander en temps opportun la cession des actions.

Cette faveur, faite aux tuteurs, s'explique par la qualité de leur créancier; on a voulu faciliter les recouvrements des pupilles; cette garantie de l'action utile, donnée au tuteur qui a payé, permettait à celui qui était poursuivi de payer sans soulever la question compliquée de la cession des actions.

Nous n'avons pas de textes qui nous permettent d'étendre cette solution aux autres obligations *in solidum*. La loi 4, *De his qui effud.*, D., 9, 3, parle bien d'une action utile; mais il nous semble ressortir du texte, que ce n'est pas l'action du créancier. Il s'agit dans cette loi et dans celles qui précèdent du cas, où, d'un appartement habité et situé sur une voie publique, on aurait versé ou jeté quelque chose qui aurait causé un dommage. Il en résulte une action en indemnité contre le possesseur de l'habitation, une action *quasi ex delicto*, pour défaut de surveillance. Si plusieurs chefs de famille habitent ensemble, cette action est donnée contre chacun d'eux pour le tout avec obligation solidaire. Un d'eux paie le tout; il peut recourir contre les autres, par l'action *pro socio* s'ils sont en société à raison de la communauté d'habitation, par une action utile, si cette communauté n'a établi entre les habitants aucun rapport contractuel. Il n'y a qu'une réunion de fait, mais une commune négligence, de là une action *pro socio utilis* (1).

(1) *Contra*, M. de Savigny, *op. cit.*, t. I, p. 284.

Nous ne voulons pas dire qu'à un moment donné, l'action utile n'ait été accordée dans tous les cas où la cession était forcée; mais il en a été de cette règle comme de tant d'autres règles de droit, longtemps indéterminées et qui n'ont acquis une base solide que successivement, par la jurisprudence des tribunaux et la théorie des juriconsultes.

C'est ainsi que nous voyons l'action utile refusée au fidéjusseur qui a payé (L. 39, *De fid.*, 46, 1), cela au commencement du III^e siècle, par Modestin; tandis que Dioclétien, en 287, accordait, et sans paraître innover, cette même action au *correus promittendi* qui prouvait avoir payé après des poursuites. Le texte nous paraît sans réplique : « *Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniæ, a quo velit, et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciæ juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuum pecuniam accepisti, non cunctabitur.* » Le mot « *juvare*, » qui implique l'idée de secours, nous semble bien indiquer l'existence d'une action utile; et que l'on admette ou non l'existence d'une société entre ces *correi* qui ont emprunté « *communiter*, » il faut pour donner un sens au texte, admettre que l'action utile n'est autre que l'action du créancier. S'il n'y a pas société, c'est évident; s'il y a société, l'action *pro socio* ou *communi dividundo* serait accordée de plein droit; il n'y aurait pas à consulter les empereurs et il ne pourrait être question de *juvare* ⁽¹⁾.

Ce qui était accordé aux *correi promittendi* le fut sans doute aussi aux fidéjusseurs.

(1) En ce sens : Demangeat, *Oblig. sol.*, p. 265.

Sur les *mandatores pecuniæ credendæ*, nous ne trouvons rien; cela ne tient-il pas à ce qu'ils pouvaient exiger la cession des actions même après avoir payé; le créancier était même tenu de leur conserver ces actions. Ils étaient mieux protégés encore par les rapports juridiques qui liaient le créancier envers eux, que ne le furent jamais les autres cautions par la création de l'action utile; on conçoit qu'ils s'en soient passé.

CHAPITRE V.

Des effets de la cession d'actions.



Dans l'opération juridique dont nous avons décrit le mécanisme, nous avons trouvé trois personnes en cause : le créancier, cédant, le débiteur qui paie, cessionnaire et les autres débiteurs inactifs, cédés. Toutes ces personnes ont-elles des intérêts engagés dans la cession qui s'opère à la suite du paiement, et quels sont ces intérêts? C'est ce qu'il nous reste à dire, et c'est par l'examen de ces questions, en faisant ressortir les avantages que la cession procure au cessionnaire, que nous terminerons cette étude.

Nous allons donc examiner successivement les effets de la cession d'actions : 1° entre le cédant et le cessionnaire ; 2° le cédant et le cédé ; 3° le cédé et le cessionnaire.

I. — *Effets de la cession entre le cédant et le cessionnaire.*

Le bénéfice de cession d'actions est une mesure d'équité, il a été introduit dans le droit romain, comme nous l'avons dit plus haut, sous l'influence de cette idée : « *quod uni prodest alteri non nocet, facile concedendum.* »

Il reste donc en principe complètement indifférent au créancier, il ne doit lui nuire en rien; pour le créancier, il n'y a dans l'opération qu'un paiement avec ses conséquences, l'extinction des actions.

Aussi, comme nous le disions en commençant, le cédant n'est-il pas tenu à la garantie; l'équité a voulu qu'il cédât les actions dont il n'avait plus besoin, il les a cédées, telles qu'elles étaient, et pour ce qu'elles valaient; au nom de l'équité, on ne pouvait lui en demander davantage.

Tel est le principe; mais il y a bien des exceptions, elles tiennent peut-être autant de place que la règle, et nous allons voir que les Romanistes anciens ont cru pouvoir les étendre encore; quelques-uns ont soutenu en effet, que le créancier était tenu de conserver ses actions, et que s'il ne l'avait pas fait, toute caution pouvait refuser de payer, que toute caution avait, pour repousser sa demande, une *exceptio cedendarum actionum*.

Présentée avec une telle généralité, cette doctrine n'est plus admise par aucun interprète moderne; il importe néanmoins de l'examiner, car si elle n'était pas une doctrine romaine, elle était fondée sur l'équité et c'est à ce titre qu'elle a été accueillie par les législateurs modernes (art. 2037 C. civ.). D'ailleurs sa réfutation nous servira et nous aidera à mieux faire ressortir les principes qui régissent notre matière.

Tout d'abord pour éviter toute confusion, il importe de rappeler le sens des mots que nous allons employer; il y a en effet une expression qui comporte deux sens bien différents : on appelle indifféremment *exceptio cedendarum actionum*, le moyen par lequel, en droit romain, le débiteur obtient la cession des actions, se fait subroger,

pour employer une expression moderne, et celui par lequel il réclame sa libération, quand le créancier ne peut plus lui céder que des actions amoindries. — Au premier cas, il y a ce que les textes appellent *exceptio doli*; au second, il s'agit de l'exception de cession d'actions, admise en droit moderne.

C'est l'exception *cedendarum actionum*, dans cette dernière acception, que les commentateurs ont appliquée à toutes les cautions. Et voici comment ils établissaient leur doctrine; la loi 95, § 11, *De solut.*, D., 46, 3, leur fournissait le point de départ, elle est ainsi conçue :

« *Si creditor à debitore petens culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, quum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.* »

Le *mandator* peut refuser de payer quand le créancier, par sa faute, a perdu les actions qu'il devait lui céder. Mais pourquoi cette solution serait-elle spéciale au *mandator*? Est-ce que la cession des actions n'est pas une mesure d'équité, un *beneficium*, une faveur qui doit profiter de même et dans toute son étendue à toute caution, quelle que soit l'opération juridique par laquelle celle-ci s'est engagée? « *Quid enim vetat*, dit Sande, *quo minus id quod in mandatoribus disertissimè est definitum, in fidejussoribus quoque obtinere debeat, inter quos tanta est affinitas, ut Julianus in l. si hæreditatem, 32, Dig. mandati, scripserit : « Quicumque contractu tales sunt, ut eorum nomine fidejussor obligari posset et mandati obligationem consistere, neque enim multum referre præsens quis interrogatus fidejubeat an absens mandet* ⁽¹⁾. »

(1) Sande, *De actionum cessione*, cap. VI, 47.

La situation du fidéjusseur ressemble fort en effet à celle du *mandator*, au point de vue rationnel et sans tenir compte du rationalisme romain. — Un auteur ⁽¹⁾ a même tiré argument du texte que nous venons de citer, pour démontrer que celui qui *fide jussit* est un mandant, dont les obligations et la situation ne diffèrent de celles du *mandator* ordinaire qu'à raison du mode solennel de contracter, par lequel il s'est engagé.

Mais l'assimilation du fidéjusseur au *mandator* une fois admise, une difficulté se présentait. La loi 15, § 1, *De fid.*, D. 46, 1, semblait bien contredire la règle écrite dans la loi 95.

« *Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit: nec alter liberabitur et, si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summo-veris; reliqua autem quinque, si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptione summo-veris.* »

Un créancier d'une somme de 20 a deux fidéjusseurs qui ont garanti le paiement de cette somme; il fait à l'un remise de sa dette moyennant 5 et il poursuit l'autre pour le reste, soit : 15. Si celui-ci avait l'*exceptio cedendarum actionum*, comme le soutiennent les commentateurs, il pourrait repousser la demande du créancier; car le créancier, en faisant remise à l'autre fidéjusseur, s'est mis dans l'impossibilité de céder son action contre lui. — Mais il n'en est pas ainsi, *si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summo-veris*, dit la loi 15. — N'y avait-il pas moyen de mettre d'accord les deux textes?

(1) M. Appleton, *Sponsores et fidejussores*. — *Rev. de législation*, 1876.

Cujas fit remarquer que la loi 95 parlait d'une faute du créancier « *culpa sua causa cecidit*, » il a commis une *pluspetitio*; tandis que, dans l'hypothèse prévue par la loi 15, *De fid.*, il s'agit d'une libéralité, le créancier a fait remise au fidéjusseur; il ne faut pas que le pacte de *non petendo* fait *in personam*, spécial à l'une des cautions profite aux autres. A cela on aurait pu répondre qu'il ne devait pas non plus lui nuire (1).

D'ailleurs Sande donnait une autre explication; on conclut que le créancier ne sera pas repoussé par l'*exceptio cedendarum actionum*, pourquoi ne pas ajouter aussi : ni par l'exception de division. Les termes sont généraux et comprennent aussi bien l'une que l'autre de ces exceptions. On nous objecte que Julien qui vivait sous Adrien, a écrit ce texte avant la création du bénéfice de division; c'est une explication frivole et faite pour les besoins de la cause. Est-il possible d'admettre que ce jurisconsulte éminent, qui était en relations très-fréquentes avec l'empereur ait pu ignorer cette décision équitable et contredire Papinien? Il vaut mieux admettre que les mots *nulla exceptione* ont une portée moins grande et qu'il faut les interpréter d'une manière restrictive (2).

Cujas revint sur sa première théorie et donna aux deux textes leur sens véritable; mais ce fut en s'appuyant sur un argument absolument erroné. Il fallait, disaient-ils, donner l'*exceptio cedendarum actionum* au *mandator* et non au fidéjusseur; lui seul en avait besoin, car il n'a de son chef aucune action contre le débiteur

(1) Cujas, *In lib. 28 Quæst.* — Papin., *in lege 95*, § 11.

(2) Sande, *De actionum cessione*, cap. VI, 50.

principal, tandis que le fidéjusseur a un recours contre lui.

Pour mieux faire voir l'erreur, dans laquelle est tombé Cujas, il nous suffira de rappeler cette doctrine, à laquelle nous faisons allusion en passant et d'après laquelle la *fidejussio* serait un mandat de droit strict, obligatoire pour le seul fidéjusseur (mandant). Elle nous montre bien l'identité des deux situations de fait. Caution-*mandator* ou caution-fidéjusseur, qu'importent les moyens, le but est le même; des deux manières on s'est obligé pour autrui et celui qui s'est obligé a pu, dans les deux cas, céder aux mêmes sentiments. Il a voulu rendre un service d'ami et peut-être faire une libéralité, il n'a besoin d'aucun moyen de recours; s'il a fait une affaire, il a, dans les deux cas, pris ses précautions, il a agi comme gérant d'affaire, ou plus souvent encore comme mandataire de celui pour qui il s'est obligé.

Cette longue controverse, cette grosse difficulté qui a divisé les commentateurs anciens, il semblerait qu'ils l'ont imaginée à plaisir, si pour eux le droit romain n'avait pas été une législation vivante; tant pour nous la solution paraît certaine, naturelle et facile.

D'un côté, nous trouvons le *mandator pecuniæ credendæ*, un mandant véritable, qui peut demander compte au créancier, son mandataire; celui-ci est tenu d'une action de bonne foi, *mandati directa*, et répond de tous ses actes qui auraient pu nuire à son mandant; on comprend donc aisément la décision de Papinien à son égard. S'il n'a pas pris soin de conserver au *mandator* tous ses moyens de recours, ses actions, il ne pourra obtenir de lui le paiement; il sera repoussé par l'*exceptio cedendarum actionum*.

Le fidéjusseur, au contraire, est tenu par une obligation de droit strict et par un contrat unilatéral; le créancier ne lui doit rien jusqu'au jour du paiement ou de la *litiscontestatio*. A ce moment le fidéjusseur demandera la cession des actions; qu'elle soit accordée volontairement ou non, le créancier aura fait tout ce qu'il devait faire quand il aura cédé ces actions, telles qu'il les avait alors. Ainsi s'explique la règle donnée par Julien.

Les lois 95, *De sol.* et 15 *De fid.*, ne présentent donc aucune antinomie; il n'y a pas à les mettre d'accord, elles ne peuvent se rencontrer, elles se meuvent dans des zones différentes.

Ceci pour les fidéjusseurs qui n'avaient pas le bénéfice de discussion. Mais quand Justinien le leur eût accordé, dans sa Nouvelle 4, ch. 1, il est évident que le créancier ne put plus, en convenant avec le débiteur de ne pas lui demander le paiement de la dette, se réserver le pouvoir de le demander aux fidéjusseurs; car il ne pouvait, par son fait, les priver du droit que la loi leur avait donné.

Sur cette idée on a essayé, mais en vain, d'édifier une nouvelle théorie, semblable à celle que nous venons de discuter.

Voici tout ce qu'il en reste, la seule hypothèse qui se tient; nous allons voir qu'elle ne touche et ne modifie en rien la doctrine de la cession d'actions, qu'elle la laisse subsister telle que nous venons de la donner pour les fidéjusseurs qui n'avaient pas le bénéfice de discussion. Un créancier ayant reçu un fidéjusseur a fait, au débiteur principal, un pacte *de non petendo in personam*. Il veut poursuivre le fidéjusseur; celui-ci, — soit en vertu de la Nouvelle 4, soit comme *fidejussor indemnitis*, — oppose le bénéfice de discussion; le créancier se trouve dans une

impasse, car le pacte consenti par le créancier ne peut nuire au fidéjusseur qui n'en profite pas non plus. Donc, conclut-on, le fidéjusseur a l'*exceptio cedendarum actionum*, puisqu'il en a tous les avantages ⁽¹⁾. Mais pas du tout, il a le bénéfice de discussion et le créancier reste dans l'impasse, où il s'est volontairement engagé; voilà tout, l'*exceptio cedendarum actionum* n'y est pour rien. Et ce qui le prouve, c'est que si le fidéjusseur ne se trouve pas dans les conditions exigées pour l'exercice du bénéfice de discussion, si, par exemple, le débiteur principal est absent, le créancier pourra librement poursuivre le fidéjusseur et le contraindre à payer.

Ainsi la règle reste telle que nous l'avions établie, le fidéjusseur n'a jamais l'*exceptio cedendarum actionum*, le créancier n'est pas obligé de lui conserver ses actions pour les lui céder.

Même règle pour le tiers détenteur; après Justinien, le bénéfice de discussion ne lui fait pas une autre situation qu'au fidéjusseur, à ce point de vue.

Exception pour le *mandator*, nous l'avons vu. Les Romains, voulant favoriser les tuteurs et les magistrats qui, en somme, pouvaient être engagés sans l'avoir voulu (*munus publicum*), leur accordèrent également l'*exceptio cedendarum actionum*.

Après la cession effectuée, le créancier doit fournir au cessionnaire tous les moyens de preuve qu'il possède pour l'exercice des actions, et lui restituer tout ce qu'il pour-

(1) Ce serait vrai pour le *fidejussor indemnitis*, au cas où le créancier aurait consenti au débiteur principal un pacte de *non petendo in personam*, car le fidéjusseur ne s'est engagé à payer que ce que le créancier ne pourrait obtenir du débiteur insolvable.

rait toucher des débiteurs (L. 23, § 1 *De hered. vel act. vend.*, D. 18, 4).

II. — *Effets de la cession entre le cédant et le cédé.*

A l'égard du cédant il y a, comme nous l'avons dit, un paiement; sa créance est donc éteinte *ipso jure*. Le cédé, qu'il poursuivrait, pourrait lui opposer le paiement.

Si le cédé paie une seconde fois, ignorant la cession et le premier paiement, le cessionnaire ne pourra plus rien lui demander, s'il y a eu négligence de sa part : « *Dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori.* » Le cessionnaire aura la *condictio indebiti* du cédé contre le cédant : « *Cedere autem reus indebiti actione fidejussori debet, ne duplum creditor consequatur* » (L. 29, § 3 *mand.*, D., 17. 1). Ce sera peut-être un recours illusoire; le cessionnaire fera donc bien de dénoncer le plus tôt possible la cession au cédé.

III. — *Effets de la cession entre le cessionnaire et le cédé.*

La cession des actions a été admise dans l'intérêt de la personne qui paie et pour assurer son recours; les effets de la cession au regard du cessionnaire, les avantages qu'elle lui procure forment donc un point capital dans l'étude de ce bénéfice; jusqu'alors nous n'avons guère étudié que les voies et moyens, les conditions de la cession, ici nous arrivons aux résultats.

L'utilité de la cession grandit ou diminue selon les cas; tantôt la cession supplée à l'absence de toute action qui permette le recours; tantôt, au contraire, cette action

existe, et la cession ne vient donner au recours qu'une plus grande efficacité.

Ainsi le fidéjusseur ne trouvera dans la cession, quand il recourt contre le débiteur principal, qu'une garantie de plus; il avait déjà l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*, selon qu'il avait reçu mandat de cautionner ou qu'il l'avait fait de son plein gré. S'il veut recourir contre ses cofidéjusseurs, au contraire, il n'aura d'autre moyen que d'exercer les actions cédées; les cofidéjusseurs, à la différence des *sponsores* et *fidepromissores*, entre qui la loi Apuleia avait établi une société ⁽¹⁾, sont, à ce point de vue, étrangers les uns aux autres, il n'existe entre eux aucun lien de droit sur lequel se fonde le recours. La situation de la caution, qui s'était engagée *invito debitore*, fut la même vis-à-vis du débiteur principal, quand Justinien, terminant une longue controverse, lui refusa l'action *negotiorum gestorum* (L. 24, Cod. *De Reg. gest.*, 2, 19).

Aucun rapport ne lie non plus les cautions et les tiers détenteurs.

Les *correï* sont, comme nous l'avons vu, ou *socii*, ou *cautions*.

Les tuteurs et les magistrats ont l'action *negotiorum gestorum* contre leurs collègues. Quant aux codébiteurs solidaires, les textes ne tranchent pas la question, et il est bien difficile sans un texte de leur accorder ce recours, quand une convention ne le leur a pas donné. — La cession des actions aura donc pour eux une impor-

(1) La loi Apuleia continua d'être applicable aux provinces après la loi Furia, faite seulement pour l'Italie. « *Sed an etiam in Italia beneficium legis Apuleiæ supersit valde quæritur* » (Gaius, III, 122).

tance plus grande encore que pour les autres personnes à qui elle est accordée.

Nous avons ainsi montré l'intérêt qui s'attache à la cession des actions; mais nous n'en avons pas énuméré tous les avantages, ni fait ressortir les conséquences.

A côté des actions contre les codébiteurs ou cautions, le cessionnaire trouvera dans la cession des actions hypothécaires une garantie plus sérieuse encore. Enfin le cessionnaire pourra, s'il lui plaît, laisser de côté son action personnelle contre le débiteur principal pour user de celle qu'avait le créancier. Cette action du créancier est peut-être une de celles, *quæ inficiando crescunt in duplum*; c'est peut-être aussi une créance privilégiée qu'avait le cédant. Si le privilège qui la garantissait ne tient pas à la qualité de la personne, il suivra la créance et en assurera le recouvrement au profit du cessionnaire (*privilegium causæ*). Nous ne pouvons en dire autant des *privilegia personæ*; car l'action a beau être exercée *nomine creditoris*, ce n'est pas au créancier que la condamnation doit profiter, celui qui agit est un *procurator*, mais un *procurator in rem suam*.

La cession est, pour le cédé, *res inter alios acta*, aussi bien la cession forcée que la cession volontaire; elle ne peut donc aggraver sa situation. Ainsi il est bien évident que le nouveau créancier, le cessionnaire ne pourrait invoquer un privilège qui naîtrait en sa personne.

Le cédé conservera tous les avantages qu'il pouvait avoir contre le cédant, lors même que ces avantages seraient tout personnels, comme le bénéfice de compétence. Et même il pourra opposer au cessionnaire, à raison de leur situation réciproque, soit d'associés, soit

de parents, ce bénéfice de compétence qu'il n'avait pas contre le créancier; il faut en effet voir le fond des choses, peu importe que l'action soit exercée *exemplo creditoris*, le vrai créancier après la cession, c'est le cessionnaire.

Mais ce sont là des avantages exceptionnels pour le cédé, et il est beaucoup plus important de montrer sa situation habituelle, vis-à-vis du cessionnaire; et de faire ressortir toutes les conséquences de cette idée que la cession ne peut nuire au cédé.

Quel qu'il soit, le cessionnaire pourra se voir opposer l'exception de discussion par tous ceux qui auraient pu invoquer cette exception contre le cédant, c'est-à-dire, sous Justinien, par tous autres que les débiteurs principaux.

Nous savons que les *adpromissores*, les tuteurs et les magistrats avaient le droit de faire diviser entre eux les poursuites et les charges de la dette (L. 1, § 11, Dig., 27, 3 et 45, D., 26, 7); la division demandée se faisait entre ceux qui étaient solvables au moment des poursuites. La cession ne pouvait enlever ce droit aux cédés, elle ne pouvait pas plus diminuer le nombre des débiteurs solvables et augmenter le fardeau de chacun des cédés. — Le cessionnaire, quand il voudra poursuivre, sera donc obligé, en face de l'exception de division, de se comprendre au nombre des répondants solvables et il ne pourra obtenir des autres le paiement, que déduction faite de sa part dans la dette.

Il y a même une hypothèse, dans laquelle le cessionnaire sera moins bien traité que le cédant; c'est ce qui résulte de la loi 12, *Rem pupil. salv. fore*, D., 46, 6. Il s'agit du cas où un tuteur a fourni des fidéjusseurs; ceux-

ci ne peuvent opposer au pupille l'exception de division, c'est une faveur accordée au pupille; il n'a pas choisi son débiteur, il n'a pas contracté avec le tuteur, « *incidit in tutorem*; » on ne veut pas obliger le pupille à des poursuites multiples qu'il ne pouvait prévoir, on ne veut pas l'obliger à engager, contre chaque fidéjusseur, un procès devant des juges divers; tels sont les motifs de la loi 12.

Ces motifs, on le comprend aisément, disparaissent avec la personne du créancier; dès que la cession a eu lieu, dès qu'il n'y a plus à protéger le pupille, la règle commune, c'est-à-dire, le droit pour les cofidéjusseurs de demander la division reprend son empire et le cessionnaire ne peut échapper à son application.

Même théorie pour le bénéfice de cession d'actions; nous accorderons ce bénéfice à tous ceux qui auraient pu l'invoquer contre le cédant.

Cette cession d'actions, qui avait eu lieu sous condition d'un paiement intégral, ce transfert des droits du créancier, les débiteurs cédés peuvent l'obtenir; mais en faisant comme le cessionnaire, en payant toute la dette, en remboursant à ce dernier tout ce qu'il a payé. Les actions cédées, en effet, permettront au cessionnaire de recourir pour le tout contre le débiteur principal; il a donc intérêt à les conserver tant qu'il n'a pas recouvré toutes ses avances; lui offrir tout ce qu'il a payé, moins sa part virile, ce n'est pas assez, et il peut sans aucun dol refuser la cession.

Cela peut paraître onéreux pour les débiteurs accessoires cédés; mais ils ont le bénéfice de division. D'ailleurs, s'il n'y avait aucun avantage pour le fidéjusseur, poursuivi par le créancier, à obtenir la cession des ac-

tions, est-ce qu'il ne demanderait pas toujours la division? Faut-il se plaindre de la situation meilleure qui lui est faite, si le désir de l'obtenir évite au créancier l'ennui de diviser ses poursuites?

Quant à l'obligation pour le créancier de conserver ses actions, afin de pouvoir les céder, et sous peine de déchéance de ses droits, nous avons vu qu'elle ne lui était imposée que par la loi (tuteurs et magistrats), ou par le mandat. Ceux qui ont déjà cette exception contre le créancier la conserveront évidemment après la cession et pourront l'opposer au cessionnaire quel qu'il soit. Ajoutons que l'*exceptio cedendarum actionum* pourra prendre naissance toutes les fois qu'entre le cédé et les cessionnaires existeront les rapports du mandat. Ainsi, un *correus* poursuivi par son fidéjusseur, cessionnaire des actions du créancier aura l'exception contre son fidéjusseur qui est son mandataire et doit, en cette qualité, veiller à ses intérêts.

DROIT FRANÇAIS.

DÉLITS DE PRESSE

COMMIS PAR LA VOIE DU LIVRE.

(Loi du 29 juillet 1881.)

DROIT FRANÇAIS.

DÉLITS DE PRESSE

COMMIS PAR LA VOIE DU LIVRE.

(Loi du 29 juillet 1881.)

INTRODUCTION.

La question que nous voulons traiter peut rentrer dans une autre plus large, dont elle n'est qu'une partie, une des faces et non la moins intéressante.

Parler de la faculté d'écrire, d'imprimer et de publier un livre, déterminer les conditions dans lesquelles on peut le faire, les délits que l'on peut commettre, et les peines auxquelles on s'expose, ce n'est, en effet, rien faire autre chose qu'étudier sur un point spécial la question de la presse.

L'homme pense, et il a le droit de communiquer sa pensée à ses semblables. On ne le lui a guère contesté, tant qu'il ne pouvait le faire que par la parole; le cercle était restreint, dans lequel s'exerçait son influence; mais cette

parole, éphémère d'abord, l'écriture est venue la fixer pour toujours, l'imprimerie l'a répandue par le monde. Cette parole est devenue une puissance et, comme toutes les puissances, elle a été attaquée, pourchassée, et l'on a discuté la liberté de la presse. On s'est battu pour elle, on a élevé contre elle des bûchers, et quelqu'un a pu dire : « L'histoire de la presse, c'est le martyrologe de la pensée. »

Au XVIII^e siècle, c'était encore aux risques de leur liberté que les écrivains publiaient leurs livres; Montesquieu fut obligé de faire imprimer l'*Esprit des Loix* à Genève, Voltaire obligé d'aller à Londres. Le gouvernement songea alors à user d'une tolérance qui était devenue indispensable, les Parlements tinrent rigueur. En 1775, un arrêt du Parlement de Paris ordonne la lacération de l'ouvrage, intitulé : *Philosophie de la nature*, et décrète l'auteur d'information, comme coupable du crime de lèse-majesté divine et humaine; s'il eût été saisi, on l'aurait sans doute brûlé pour lui prouver que sa doctrine était erronée (1).

Contrainte vaine et qui ne put arrêter l'élan de la pensée. Corporation des imprimeurs, libraires, etc., autorisation préalable de l'Université, des Facultés de théologie ou des censeurs du roi, la Révolution a tout emporté; elle a brisé toutes ces entraves, effacé les ordonnances et les édits, tous ces textes d'asservissement intellectuel, qui avaient fait dire à Voltaire : « Sans l'agrément du roi, vous ne pouvez penser. »

Arrive l'ère de la liberté. La discussion fut longue lors du vote de la Déclaration des droits de l'homme; c'est à

(1) Mais personne n'attendait la main de la justice et les arrêts des cours n'inspiraient point d'effroi par la facilité que l'on avait de se soustraire à leur rigueur.

Mirabeau que revint l'honneur de la fermer. Toutes les rédactions parlaient de restreindre la liberté quand elle nuit à autrui; il demanda à faire un amendement, il proposa de remplacer ce mot « restreindre » par un autre plus juste, plus juridique, et il fit adopter le mot « réprimer. » — « On vous laisse, dit-il, une écritoire pour écrire une lettre calomnieuse, une presse pour un libelle; il faut que vous soyez puni, quand le délit est consommé; or, ceci est répression et non restriction. C'est le délit que l'on punit, et l'on ne doit pas gêner la liberté des hommes sous le prétexte qu'ils peuvent commettre des délits. »

Ainsi plus de censure, plus d'autorisation préalable, plus de mesures préventives, la liberté. C'est ce que consacre le vote du 24 août 1789, la proposition qui devint l'article 11 de la Constitution de 1791 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

Répétées et renouvelées dans toutes les Constitutions, ces déclarations de principes n'eurent qu'un intérêt traditionnel sous la Terreur, la guillotine rendait inutile la censure. La Constitution de l'an VIII ne parle pas de la presse; l'Empereur soumit la pensée, qu'il appelait l'idéologie, au régime de la censure. A ceux qui disaient que la censure avait été impuissante sous l'ancien régime, il répondait : « Oui, elle était faible, parce que le Gouvernement était faible; mais, sous mon gouvernement qui est fort, elle sera forte. » Et il leur citait cette anecdote qui est caractéristique :

« Il y a quelque temps, j'ai appris qu'une brochure,

un bulletin circulait en France et à l'étranger, contenant contre le Gouvernement impérial des accusations, des imputations. J'ai fait venir l'auteur et je lui ai dit : « S'il « paraît un second bulletin, semblable au premier, je « vous enverrai au Temple. » Et il n'y eut ni second, ni troisième bulletin.

La mort ou l'exil avait emporté les champions les plus courageux de la liberté, les hommes de la Révolution; les publicistes, qui restaient, eurent peur; ils se firent petits comme le Sénat et le Corps législatif du temps, et ils se turent. Pendant toute la durée du règne, le canon seul eut la parole; il suffisait au peuple Français de lire de temps à autre un bulletin de victoire.

Mais voici les revers; l'Empire tombe écrasé sous le poids de l'Europe; Louis XVIII monte sur le trône, et après un long préambule, où il cherche « à renouer la chaîne des temps, que de funestes écarts avaient interrompue, » fait concession et octroi à ses sujets de la Charte constitutionnelle.

La liberté est revenue, l'article 4 la consacre en termes aussi formels que l'avait fait la Déclaration des droits de l'homme. Les lois de 1819 la réglementent.

A présent elle est acquise, elle ne disparaîtra jamais entièrement; toujours, même dans les temps les plus sombres, dans les époques les plus troublées, toujours restera intact, immuable, incontesté, le droit d'imprimer un livre.

La question de la liberté de la presse ira se divisant, se dédoublant; la liberté de la presse périodique seule désormais sera discutée, amoindrie, supprimée même par intervalles.

Aussi la liberté de la presse si ardemment désirée,

pour beaucoup, ce n'est plus que la liberté du journal, de la presse périodique. Et cette illusion s'explique; en présence de la censure, du cautionnement, du régime préventif de la presse périodique, à qui les gouvernements avaient réservé toutes leurs rigueurs, on a oublié cette autre partie de la presse, plus libre déjà, parce qu'elle vivait dans une atmosphère plus sereine, parce qu'elle se faisait moins l'écho de la vie politique et des récriminations de tous les jours. — On ne s'est attaché qu'à ceux qui restaient les derniers à souffrir, et c'est pour eux seuls que l'on a continué à revendiquer la liberté sous le titre, devenu trop large, de liberté de la presse.

Les journaux, si importants par leur rôle politique, par leur intervention dans la vie publique, ne sont presque rien pourtant dans le domaine de la presse. On pourrait dire d'eux : *Verba volant*; ils sont la voix, la parole d'un jour, ils ne disent pas même son histoire et on les oublie le lendemain. Le livre, au contraire, il demeure. Il nous a charmés, fait oublier que nous étions seuls, il nous a instruits ou divertis, et nous ne le quittons guère sans compter y revenir. Nous aimons à le revoir, nous y retrouvons le souvenir de nos illusions, de nos heures d'études, de notre jeunesse; c'est notre passé qui se réveille et qui se lève à chacune de ces pages devant lesquelles nous nous sommes accoudés autrefois.

OEuvre de science, de travail ou d'imagination, le livre est fait pour durer; c'est là que s'amassent les trouvailles du génie, les résultats de l'étude, toutes les conquêtes de l'esprit humain.

On voit son importance prédominante; le livre est la

partie la plus sérieuse ; il est presque tout dans la presse. Que ce soit là notre justification ou notre excuse pour la façon restreinte dont nous avons envisagé cette grande question : la liberté de la presse.

Un ouvrage est terminé, l'auteur l'a revu « poli et repoli, » selon les conseils de Boileau, il l'apporte chez un imprimeur (directement ou par l'intermédiaire d'un éditeur). La vie publique du livre commence ; nous allons le suivre, et nous arrêtant aux différentes phases qu'il traverse, nous aurons ainsi, toutes tracées d'avance, les lignes principales de notre étude.

Mais avant d'entrer en matière, de franchir le seuil et de commencer l'examen de toutes les règles, qui, par les peines dont elles le menacent, doivent empêcher l'écrivain de s'égarer et d'aller, au hasard de sa fantaisie, semer la corruption ou la haine parmi la société, il nous faut résoudre une première question. Question qui, de prime-abord, va paraître oiseuse, tant la réponse semble certaine et depuis longtemps : « Toute personne peut-elle écrire et publier un livre ? ou pour préciser davantage, la publication d'un livre, abstraction faite de ce qu'il peut contenir, est-elle punissable ? »

Eh bien ! cette réponse si évidente : « Tout le monde peut publier un livre, » n'est pas aussi générale qu'on serait tenté de le croire.

Il y a tout un monde : l'armée, pour qui la règle diffère, et l'armée, ce peut être, par moments, presque toute la nation. Nous ne faisons que citer le texte ; rien de juridique, du reste, pas plus la forme que le fond ; c'est une mesure de discipline.

« Ordre général du Ministre de la guerre, portant que des punitions disciplinaires seront infligées aux militaires qui, sans autorisation préalable, feraient paraître des brochures ou écriraient dans les journaux (État-major général). »

« Versailles, le 21 octobre 1871.

« Nonobstant des ordres réitérés, un grand nombre d'officiers continuent à faire paraître des brochures et à écrire dans les journaux.

« Le Ministre constate même, avec regret, que la plupart de ces publications n'ont trait qu'à des actions personnelles. Comme il faut à tout prix mettre ordre à ces actes d'indiscipline, le Ministre de la guerre décide qu'à l'avenir tout militaire, *quel que soit son grade*, qui se permettra des publications de ce genre par la voie de la presse, sans en avoir obtenu l'autorisation préalable, sera puni de trente jours d'arrêts de rigueur. En cas de récidive, il sera mis immédiatement en non-activité par retrait d'emploi.

« *Le Ministre de la guerre,*

« Signé : G^{al} E. DE CISSEY. »

CHAPITRE PREMIER.

De l'imprimerie.



Le manuscrit arrive chez l'imprimeur. Va-t-il rencontrer quelques obstacles? subir un examen? Va-t-on l'arrêter à son premier pas, lui demander son but, ses tendances, un acte de foi à la religion dominante, l'assurance qu'il ne portera aucune atteinte à la morale, au respect des institutions, du gouvernement?

On le faisait sous l'ancien régime (autant du moins qu'il est possible d'assimiler le manuscrit à l'imprimé). « Les libraires jurés, examinés et approuvés et non » autres, peuvent, dit un édit de Charles VI (1411), acheter tous livres, tant en français qu'en latin et les » vendre, et sont tenus de les mettre avant et porter » par trois jours de fête en trois sermons publics de » notre dite fille (l'Université) afin que chacun les puisse » voir et aviser. »

Mais à quoi bon remonter si loin dans le passé et réveiller ce monde si différent du nôtre? Ce serait curiosité toute pure; de ce passé, aucune idée juridique n'a survécu. Inutile de secouer la poussière où dorment la Déclaration de 1533, l'Ordonnance de Moulins (1566)

et le Règlement sur l'imprimerie et la librairie de 1723.

Nous sommes dans les temps modernes, et c'est bien assez déjà de compter les entraves dans lesquelles notre siècle a tenu prisonnière la pensée.

Le premier Empire avait besoin, pour durer, de maintenir la France comme dans un rêve, il lui fallait la foi à son idole, à son étoile; c'était comme une fausse religion qui s'évanouit dès qu'on l'examine et qu'on la discute froidement. Il fallait qu'on pût en silence admirer, se prosterner devant la gloire, le génie de l'Empereur, que rien ne vint ternir son auréole. Une révélation, une parole indiscrete, un mot d'histoire eût pu faire se souvenir.

Aussi se mit-on vite en garde de ce côté. Pas d'indépendance pour les journaux, la censure pour le livre (décret du 5 février 1810).

Tout imprimeur doit faire à l'autorité une déclaration de l'impression qui va avoir lieu, il est obligé de donner l'éveil. Sous les ordres du Ministre de l'Intérieur, un directeur général de l'imprimerie et de la librairie examine les ouvrages qui lui semblent suspects; il en fait la critique officielle et il indique à l'auteur les changements ou suppressions qu'il juge convenable. Si l'auteur refuse de suivre ses conseils, il interdit la vente de l'ouvrage et ordonne la saisie des feuilles déjà imprimées.

Cette intervention, cette censure est facultative, elle est à la disposition du directeur général; on sait bien que tous les livres ne valent pas que le censeur s'y arrête, la crainte suffit à tempérer la verve du plus grand nombre.

D'ailleurs, ce que cette censure officielle, brutale n'atteint pas, ce qu'elle pourrait oublier, une autre

censure qui ne dort jamais, plus perspicace parce qu'elle est intéressée, celle d'un particulier va l'atteindre. L'imprimeur, en effet, est responsable de ce qu'il imprime, il peut être poursuivi comme complice; de plus, il est dans la main du pouvoir (et ceci est vrai jusqu'au 10 septembre 1870), l'imprimerie n'est pas une industrie libre, n'y entre pas qui veut. Sans doute, on n'exige plus, comme en 1686, que l'apprenti imprimeur ou libraire soit « congru en langue latine, » et qu'il en rapporte le certificat délivré par le recteur de l'Université; mais on a gardé des garanties plus sérieuses au point de vue de la police de la presse (décret de 1810 et loi du 21 octobre 1814; décret du 22 mars 1852).

Le nombre des imprimeurs est limité; ainsi il ne peut y en avoir plus de 80 pour Paris. L'imprimerie est un monopole. Chaque imprimeur doit avoir justifié de sa moralité, de son attachement au souverain et à la patrie, et prêté serment de ne rien imprimer de contraire à ses devoirs envers le souverain et à l'intérêt de l'État.

Il doit être muni d'un brevet, autorisation essentiellement personnelle et qui ne permet d'exercer que dans une circonscription déterminée; de plus, autorisation révocable. Le brevet peut être retiré à celui qui a été convaincu, par un jugement, de contravention aux lois et règlements (L. 21 oct. 1814, art. 12). Dix mille francs d'amende et six mois de prison pour quiconque essaiera de se soustraire à ces conditions, de plus saisie et destruction du matériel. Des peines aussi rigoureuses devaient empêcher la fondation d'imprimeries « clandestines, » c'est l'expression d'alors.

La profession de libraire était soumise de même au bon plaisir du Ministre de l'Intérieur.

Un des premiers actes du gouvernement de la Défense nationale, ce fut d'effacer cette législation de prévention et de défiance. Le décret du 10 septembre 1870, proclame la liberté de l'imprimerie et de la librairie. Il exigeait, dans son article 2, de ceux qui voulaient exercer ces professions, une déclaration préalable au ministère de l'Intérieur.

La loi du 29 juillet 1881 a été plus loin, elle n'exige plus rien.

« Article 1. L'imprimerie et la librairie sont libres. »

La censure officielle avait disparu en 1814, la censure de l'imprimeur n'existe plus en 1881; la loi nouvelle a supprimé la responsabilité de l'imprimeur. Le manuscrit sera donc imprimé sans encombre, et cela, même s'il contient des passages délictueux; car l'imprimeur n'a rien à craindre; nous verrons plus tard qu'il ne peut être poursuivi, comme auteur principal qu'à défaut de l'auteur, comme complice que dans le cas tout spécial de l'article 6 de la loi du 7 juin 1848 sur les attroupements.

Le livre imprimé, les obligations que la loi impose à l'imprimeur ne sont pas nombreuses.

Ce sont :

1° L'indication de son nom et de son domicile sur tout exemplaire rendu public; (évidemment si le livre paraît par livraisons, il faudra que chaque livraison porte cette indication; le texte dit : « Tout imprimé rendu public... » (Art. 2, al. 1.)

Si le livre renferme quelque délit, cette mention permettra d'atteindre les personnes sur lesquelles doit peser la responsabilité. Il faut donc et il suffit que cette adresse soit assez précise pour ne donner lieu à aucune confusion, à aucune erreur.

Cette indication de nom et domicile est si bien un fil conducteur, une adresse de responsabilité, qu'en 1810 le nom de l'auteur pouvait remplacer celui de l'imprimeur; le décret exigeait l'indication de l'un des deux seulement.

Cette formalité a une sanction, non plus la saisie, non plus les peines énormes de 3,000 francs d'amende, en cas d'omission, ou de 6,000, en cas d'indication d'un faux nom, la loi de 1881 a été plus douce que celle de 1814. — Qu'il y ait omission ou, ce qui est équivalent, fausse mention sur l'imprimé, la peine est de 5 francs à 15 francs; en cas de récidive dans les douze mois, l'emprisonnement pourra être prononcé (art. 2).

2° Le dépôt de deux exemplaires destinés aux collections nationales (art. 3).

Là encore les peines ont été réduites, de 1,000 francs à 2,000 francs (2° fois), elles tombent à une amende de 16 francs à 300 francs.

C'est ici que nous trouvons le seul cas de saisie préventive qui ait survécu contre le livre; il s'agit de l'article 49. Un imprimé est poursuivi pour crime ou délit, l'imprimeur a oublié de faire le dépôt ordonné (le gérant du journal a négligé de remettre au parquet et à l'administration le nombre d'exemplaires prescrit par l'article 10). Il y aura saisie, mais qui ne rappelle que de bien loin les confiscations de jadis; la saisie ne ruinera personne : « le juge d'instruction pourra, nous dit l'article 49, mais seulement en cas d'omission du dépôt prescrit par les articles 3 et 10 ci-dessus, ordonner la saisie de quatre exemplaires de l'écrit, du journal ou du dessin incriminé. »

Comment expliquer cela, quand il s'agit d'un livre?

Le rapporteur disait à la Chambre des députés que c'était une simple mesure pour constater l'identité de l'objet incriminé.

C'est vrai, quand il s'agit d'écrits périodiques; ce motif s'applique parfaitement, et la saisie est bien une sanction de la négligence du gérant. Il devait, aux termes de l'article 10, remettre deux exemplaires au parquet du Procureur de la République, le mettre à même de contrôler la publication. Il ne l'a pas fait avant de publier, on le contraint de le faire après. Mais nulle part, pareille obligation n'existe pour l'éditeur. C'est l'imprimeur seul qui doit faire un dépôt et où le fait-il? « au ministère de l'Intérieur pour Paris, à la préfecture » pour les chefs-lieux de département, à la sous-préfecture pour les chefs-lieux d'arrondissement, et pour les autres villes, à la mairie. » (Art. 3, al. 2.)

Si l'imprimeur s'était mis en règle, les deux exemplaires destinés aux collections nationales ne seraient pas venus au parquet. La raison invoquée plus haut ne vaut donc rien; elle aboutirait à la saisie du livre, même quand le dépôt a été effectué.

Sans vouloir exagérer cette critique d'une disposition qui n'a en somme que peu d'importance, nous nous bornons à constater que le législateur, ayant toujours en vue la presse périodique, a négligé le reste. C'est la première fois que nous le trouvons en défaut, ce ne sera pas la dernière.

Dernier détail sur cette formalité du dépôt, la commission du Sénat a pensé que l'importance du tirage serait, dans certains cas, un motif déterminant de la

poursuite. L'acte de dépôt mentionnera le titre de l'imprimé et le chiffre du tirage ⁽¹⁾.

Reste à déterminer la date précise, le moment, passé lequel la contravention existe.

Quand faut-il faire le dépôt? quand faut-il que l'imprimé porte l'indication du nom et du domicile de l'imprimeur?

Au moment de la publication, c'est-à-dire au moment où le livre sortira des ateliers de l'imprimeur définitivement, pour n'y plus revenir. — Ainsi l'envoi chez le brocheur, après le tirage, ne constitue pas un fait de publication et rien n'est plus juste, puisque les exemplaires à déposer doivent eux-mêmes être brochés pour satisfaire complètement au vœu de la loi. — Au contraire, l'arrivée chez le libraire constitue un fait de publication, de même les cadeaux faits à des amis; il y a là une distribution, un des moyens de publication que prévoit l'article 23 de notre loi; nous renvoyons donc à l'étude de cet article.

(1) « On pourrait dire pour expliquer cette disposition, que le titre d'un ouvrage constitue une propriété, qu'il importait de fixer le droit de priorité par l'acte du dépôt; qu'il importait non moins de constater le chiffre du tirage. Quand un auteur vend une édition à un éditeur, il la vend tirée à un nombre déterminé d'exemplaires; si l'acte de dépôt ne le constate pas authentiquement, quel sera le moyen de vérifier, en cas de litige, que ce nombre a été ou n'a pas été dépassé? Mais la commission n'avait pas à s'occuper de la propriété littéraire; elle s'est surtout placée au point de vue de la répression. » (M. Pelletan. —Rapport au Sénat)

CHAPITRE II.

De la librairie et du colportage.

Le livre a quitté l'atelier de l'imprimeur, il n'appartient plus au poète, à l'historien, au savant, à l'écrivain quel qu'il soit; ils ont, comme disait Alfred de Vigny, jeté la bouteille à la mer, le livre est aux mains des vendeurs.

Les intermédiaires, les agents de distribution peuvent se classer en deux grandes catégories, soumises à des réglementations qui ont différé beaucoup, dont les différences vont s'atténuant chaque jour dans leur marche commune vers la liberté.

Ces deux catégories de vendeurs, ce sont les libraires et les colporteurs.

En quoi diffèrent-ils? En bien des points. Et ces différences d'allures, de manière d'être et d'agir aideront à comprendre comment il se fait que, pour le même commerce, ils aient été si diversement traités.

L'un est riche, établi à demeure, il a une maison, devanture sur rue, un étalage, un fonds de commerce important et les acheteurs viennent le trouver à domicile; c'est le libraire.

L'autre est pauvre, s'il a une maison il n'y séjourne guère; c'est un nomade. Son fonds de commerce tient dans sa balle, son étal se dresse un peu partout, au hasard de la vente, sur le bord du chemin; il court les villages, va jusque dans les fermes chercher qui achète; c'est le colporteur.

Pour le libraire, pas de difficulté, plus de brevet, nous venons de le voir; son sort a été le même que celui de l'imprimeur, sauf en un point; il n'y avait pas de monopole au profit du libraire, au détriment de la librairie. La librairie est libre.

Le colportage, lui, a subi bien des vicissitudes, il a toute une histoire; histoire récente pourtant, elle ne nous intéresse guère qu'à partir de 1852.

Jusqu'à cette date, en effet, les gouvernements, toujours très-soucieux des atteintes que la profusion des livres pourrait porter à la moralité du peuple, ne s'étaient occupés que d'une chose : la moralité du colporteur. Aussi bien que les lois qui l'avaient précédée, la loi du 17 juillet 1849 n'exigeait qu'une autorisation délivrée au colporteur par l'administration (par le préfet en 1849)⁽¹⁾.

Le ministre de la police générale de l'Empire eut des scrupules; il trouva cette précaution insuffisante. On était sûr de la moralité du colporteur; il fallait s'assurer aussi de la moralité du livre.

Il y pourvut en créant la commission du colportage⁽²⁾.

(1) Nous laissons de côté l'ancien régime, — où le nombre des colporteurs était limité (120 pour Paris). Ils ne pouvaient vendre que les édits, déclarations, etc., dont la publication était ordonnée, ou des livres de moins de huit feuilles, imprimés avec privilège. — (Règlement 1723.)

(2) Circul. minist. du 24 juillet 1852.

Cette commission avait le rôle du « père de famille, » elle devait surveiller les « provisions intellectuelles » du peuple. Véritable commission de l'Index en somme, elle admettait sur ses listes les histoires de Mandrin et de Cartouche, elle en exclut les génies du XVIII^e siècle, V. Hugo, « parce qu'il exerce un prestige dangereux; » George Sand, « parce qu'elle sépare la morale de la religion; » Lamartine, « parce qu'il n'est pas un grand écrivain (1). »

La liste dressée, les préfets procédaient à l'estampillage des imprimés, gravures, etc., destinés au colportage.

Tout ouvrage non estampillé était saisi.

Du mois de septembre 1870 à septembre 1871, plus d'estampilles. Mais ce n'est qu'une interruption, et, dès le 27 septembre 1871, les attributions de la Commission de colportage sont exercées par les bureaux de la presse et de la librairie. M. le duc de Broglie peut bien déclarer que la Commission du colportage n'est pas rétablie; il a mieux à son service. C'est le chef du service de la presse, sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, qui la remplace, et il décide sans contrôle.

Pour le livre, cette situation dure jusqu'en 1880.

Nous n'allons pas nous arrêter longtemps à la loi du 17 juin 1880; c'est à peine si elle a duré le temps nécessaire pour qu'on pût la voir mise en pratique. Elle n'a soulevé aucun débat et sa rédaction n'était pas modifiée, pas même visée, en 1881, dans le projet de loi de la Commission; elle a cependant subi des modifications assez sérieuses avant d'entrer dans la loi actuelle.

D'abord écartons tout de suite un reste de la légis-

(1) Rapport de M. Ed. Millaud sur la loi du 17 juin 1880.

lation impériale, un vestige de l'estampille. La loi de 1880 avait imposé au colporteur l'obligation d'avoir un catalogue contenant l'énumération des objets destinés à la vente. Ce catalogue, dressé sur un livret coté, visé et paraphé à l'avance par le préfet ou le sous-préfet, le colporteur devait le représenter à toute réquisition de l'autorité qui s'assurait, s'il mentionnait bien tous les objets colportés. La détention par le colporteur d'objets non mentionnés constituait une contravention.

Le préfet ne venait plus imposer sa liste, comme autrefois, les objets ne subissaient plus le cachet bleu ou rouge de la Commission du colportage; mais il restait toujours une mesure tracassière, préventive : l'immixtion forcée et de tous les instants de l'autorité dans le commerce du colporteur.

Le législateur de 1880 l'a abolie.

Les conditions imposées à la personne ne sont pas nombreuses ni difficiles à remplir.

Il suffit de faire une déclaration à la préfecture du département où l'on a son domicile (art. 18, al. 1). « Cette déclaration, dit l'article 19, contiendra les nom, prénoms, profession, domicile, âge et lieu de naissance du déclarant. »

Et c'est tout. Le déclarant, ce peut être une femme, un mineur, on l'avait déjà admis dans la législation antérieure; ce peut être même un étranger, même un individu qui a subi une condamnation pouvant entraîner privation des droits civils et politiques. Les Chambres ont écarté, en effet, la fin du § 1 de l'article 1 de la loi du 17 juin 1880. Ce paragraphe, reproduit dans notre article 18, al. 1, se terminait ainsi : « Et de justifier qu'il est Français et qu'il n'a pas encouru une condam-

nation pouvant entraîner privation de ses droits civils et politiques. »

L'individu qui veut exercer l'industrie de colporteur n'a donc à faire aucune justification de ce qu'il vient déclarer, le préfet (le sous-préfet ou le maire, pour le colportage de feuilles périodiques dans l'arrondissement ou la commune), aucun droit de contrôle sur ces affirmations. Si la déclaration est mensongère, le déclarant a commis une contravention; c'est au ministère public à l'établir.

On écarte ainsi, et ce fut le but principal de la modification apportée à la loi de 1880, on écarte tous les motifs, tous les prétextes à l'aide desquels l'administration aurait pu refuser ou tout au moins ajourner la délivrance du récépissé de la déclaration.

Grâce à cette précaution du législateur, il sera bien difficile aux administrateurs de contrevenir à l'alinéa 2 de l'article 9 ainsi conçu : « Il sera délivré *immédiatement* et *sans frais* au déclarant un récépissé de sa déclaration. »

Le récépissé devant être délivré *sans frais*, sera sur papier libre; de même pour la déclaration. Dans un cas analogue, en effet, dans le cas de la déclaration exigée du gérant de journal, quand le législateur a voulu l'emploi du papier timbré, il s'en est expliqué; ici la loi est muette, et c'est une règle de saine interprétation qu'il faut toujours choisir la doctrine la plus favorable à la liberté.

Mais il faut tout prévoir, la politique aidant, on a si vite oublié une loi gênante. L'article 21 prononce une amende de 5 à 15 francs pour exercice de la profession de colporteur, en cas d'absence ou de fausseté de déclara-

ration, de défaut de présentation du récépissé à la réquisition de l'autorité. L'emprisonnement de 4 à 5 jours est facultatif; en cas de récidive ou de déclaration mensongère, la peine de l'emprisonnement doit être prononcée. Or, qu'arriverait-il si le récépissé n'était pas délivré immédiatement? Le déclarant pourrait-il passer outre et colporter sans récépissé?

M. Franck Chauveau, membre de la Commission, a répondu à cette question : « La situation est ici la même que celle qui se présente dans tous les cas où, aux termes de la loi, une déclaration doit être faite. Si le préfet refuse le récépissé, le déclarant le constatera par témoins ou bien il fera sa déclaration par huissier; il ne sera passible d'aucune pénalité, et même il pourra réserver la question de dommages-intérêts contre celui qui aura violé son droit. C'est purement et simplement l'application du droit commun. »

D'ailleurs, dans un moment pressant, pour une journée de fièvre, quand on s'arrache les journaux (cela ne se voit guère pour les livres), ne reste-t-il pas un moyen bien simple d'échapper aux caprices d'un administrateur trop tenace?

« Article 20. La distribution et le colportage accidentels ne sont assujettis à aucune déclaration. »

Une première distribution, au moment où elle se fait, est toujours accidentelle, le public aura les journaux et personne ne pourra rien dire. On a même critiqué l'adoption de cet article 20 (ancien article 3 de la loi du 17 juin 1880); on a dit, tellement il est commode, qu'il détruirait complètement la précaution qu'on avait cru devoir prendre dans les articles précédents. Car le colporteur pourra toujours dire : « Je colporte acciden-

tellement. » Sans doute; mais on ne colporte pas accidentellement quinze ou vingt jours de suite. Le ministère public démontrera qu'il y a exercice d'une profession, sa tâche sera un peu plus lourde et le juge appréciera. C'est une parcelle du domaine du colportage, c'est comme la bordure de ce domaine qui est rendue à la liberté, tous peuvent y entrer; on n'y laisse séjourner que ceux qui ont leurs papiers en règle.

On peut dire, en somme, que la publication est libre; il y a cependant des circonstances exceptionnelles, dans lesquelles cette liberté disparaît devant un intérêt d'ordre public. Nous voulons parler du cas où l'état de siège serait proclamé. Alors, en vertu de l'article 9-4° de la loi du 9 août 1849, l'autorité militaire a le droit d'interdire les publications qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre.

Voilà pour le droit pénal, pour la réglementation en ce qui touche la société et l'ordre public; ce n'est là qu'un des côtés de la question. Nous avons dit que le mineur, la femme, peuvent-être colporteurs; est-ce bien vrai dans tous les cas?

L'industrie du colportage peut s'exercer de deux façons bien différentes. Le colporteur peut vendre, distribuer des objets qui ne lui appartiennent pas, et ce, moyennant un salaire. Il n'y a là qu'un louage d'ouvrage. Mais le colporteur peut aussi, — et c'est ce qui arrivera le plus souvent dans notre hypothèse, dans la vente des livres, — il peut aussi acheter pour revendre à son compte; alors nous avons devant nous un commerçant, et la question de capacité se posera.

Le mineur de 18 ans, l'interdit, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, ne peuvent jamais être commerçants;

le mineur de 21 ans et la femme mariée ne peuvent le devenir qu'à certaines conditions. Enfin, il existe des professions incompatibles avec la qualité de commerçant. — Il faudra bien, au point de vue des intérêts en jeu, au point de vue civil, tenir compte de toutes ces règles.

Mais laissons là cette digression, nous n'avons pas à nous occuper de droit commercial, nous nous contentons d'indiquer une restriction possible à la formule générale de l'article 18, et nous passons.

CHAPITRE III.

Des crimes et délits commis par la voie du livre.

Jusqu'à présent nous étions dans une période préparatoire en quelque sorte, nous assistions à l'arrivée du livre à l'existence et à la publicité. Il semblerait même, à qui n'irait pas plus loin dans la lecture de cette étude, que nous étions en dehors du sujet, que nous venons seulement d'y entrer et l'intitulé de ce chapitre aiderait au besoin à répandre cette erreur. Ce n'en est pas moins une erreur; elle tient peut-être à ceci que, pour éviter des complications inutiles, nous avons, à l'imitation du législateur, traité séparément des personnes responsables et des éléments du délit.

Nous arrivons ainsi à l'étude intime du livre au point de vue pénal, à rechercher ce qu'il contient, à examiner en quoi il lèse les droits d'autrui, en quoi il peut causer un trouble social, motiver des poursuites, faire encourir une condamnation.

Un renvoi à l'article 1382 du Code civil, et tout était dit, si l'on eût adopté la théorie radicale du président de la Commission, M. Émile de Girardin. Selon lui : « La presse sans l'impunité, ce n'est pas la presse libre, c'est la presse tolérée, c'est la presse ayant pour juges l'arbi-

traire, l'ignorance et l'intolérance, ainsi que, pendant des siècles, ils le furent universellement et souverainement de la magie et de l'hérésie, ainsi qu'ils continuent de l'être dans les pays barbares. » Il n'admet donc aucune loi, limitant et réglementant la pensée parlée, écrite ou imprimée (1). Mais cette doctrine, le résultat de trente années d'expérience, paraît-il, n'eut aucun écho, ni dans la Commission, ni dans la Chambre.

Il ne vint à personne l'idée de supprimer toute réglementation de la presse; ceux qui revendiquaient le plus hautement sa liberté, réservèrent toujours les délits contre les personnes.

Nous avons donc une véritable loi pénale de la presse, loi qui s'étend encore aux crimes et délits commis par tout autre moyen de publication.

La Commission s'est efforcée de faire œuvre juridique, de ne proposer que des peines nécessaires, indispensables au maintien de l'ordre social; la Chambre l'a suivie, l'a poussée même plus avant dans cette voie; est-ce à dire que la loi soit parfaite, qu'il ne reste pas trace des délits imaginaires d'autrefois, de ces délits qui n'avaient d'existence que dans la loi?

Quoi qu'il en soit, nous lui devons cette justice de reconnaître que la loi actuelle est de beaucoup la plus libérale que nous ayons eue.

(1) Cette théorie de l'impunité en matière de presse n'est pas nouvelle. M. de Girardin l'avait déjà émise en 1850. Depuis, nous dit-il dans la préface de son *Droit de punir* (Paris, Henri Flon, 1871), une autre question s'est posée à son esprit, une question qui l'a poursuivi pendant 20 ans. Il l'a résolue dans ce livre, en admettant le *droit de tout faire*, comme il avait admis le *droit de tout dire*. L'impunité de la presse n'est donc, pour M. de Girardin, qu'une application spéciale et restreinte de sa théorie sur le droit de punir.

Le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 est intitulé : « *Des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication.* » Ce titre est bien général, plus encore que celui qui est en tête de ce chapitre, en ce sens qu'il s'applique à plus d'objets, et qu'il prévoit plus de moyens de commettre les mêmes infractions. — Faut-il en conclure que tout ce qu'il ne punit pas est permis en matière de presse et, pour revenir, que les délits que prévoit la loi du 29 juillet 1881 sont les seuls que l'on puisse commettre en faisant imprimer et en publiant un livre?

Ce serait une grave erreur ; la loi de 1881 ne sort pas d'un cercle bien restreint et délimité, elle s'occupe des délits commis par tous moyens de publication et elle ne voit, dans la presse, que le moyen de publication. Aussi reste-t-il, en dehors de cette loi, une question toute spéciale, que l'on a bien intentionnellement laissée à l'écart ; c'est la question de la propriété littéraire et du vol de cette propriété, le délit de contrefaçon. Elle ne rentre nullement dans notre cadre, nous la laissons donc de côté ; nous ne l'avions signalée que pour mémoire, pour rappeler son existence. Disons au passage que le livre contrefait est soumis, comme tout autre, aux règles que nous allons exposer, que le contrefacteur peut, en dehors du délit de contrefaçon et tout aussi bien que l'auteur, commettre des délits de publication ; original ou copie, la loi pénale ne fait aucune distinction, il y a un auteur ou un éditeur nouveau, il doit répondre de son œuvre devant la justice.

Le terrain ainsi déblayé, nous abordons de suite l'étude du chapitre IV de la loi de 1881.

Une des conditions essentielles à tous les délits que

prévoit ce chapitre; c'est la publicité. Occupons-nous donc de déterminer quand et de quelle manière est faite, pour le livre, la publicité. L'article 23 exige que les écrits imprimés aient été « vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics. »

Pour la vente, aucune explication nécessaire, cela s'entend de soi; le législateur a estimé qu'il y avait dans ce fait de livrer à un acheteur, pour un prix convenu, un imprimé ordinairement tiré à un grand nombre d'exemplaires, une puissante présomption de l'intention de publier et il a déclaré que la publicité existait. Ainsi n'y eût-il qu'un exemplaire vendu, cela suffit, peu importe évidemment que l'opération ait eu lieu dans un lieu, une réunion publics ou non.

La distribution ne représente pas un fait aussi simple que la vente. Distribuer, c'est donner de côté et d'autre et gratuitement; remettre à une seule personne, ce n'est donc pas distribuer.

Il y a encore publicité, quand le livre est non pas vendu, ni distribué; mais seulement mis en vente, et toujours pour la même raison, le législateur déclare effective une publicité, très-probable en pareille circonstance. Comme la loi distingue ce mode de publication de l'exposition, il faut dire qu'il y a mise en vente, dès que le marchand, le libraire a reçu dans ses magasins et déballé les ouvrages destinés à être vendus. Que l'ouvrage s'étale à la vitrine ou qu'il soit dérobé aux regards, rien n'y fait; chez un libraire bien des livres restent invisibles sur les rayons, au fond d'une caisse même, et cependant tous sont là pour les besoins de son commerce, tous sont mis en vente.

Ce n'est donc, à vrai dire, qu'à l'exposition que s'ap-

pliquent les circonstances des lieux ou réunions publiques (1).

Une fois la définition donnée de ces deux expressions, nous en aurons fini avec les caractères de la publicité.

Il est difficile de dire au juste quel nombre de personnes il faut pour constituer une réunion; cela rappelle l'argument de Cicéron et d'Horace : « *Ratio ruentis acervi* » (2). » Ce sera donc là une question laissée à l'appréciation du juge. Quant au caractère de publicité, il semble qu'on peut le déterminer d'une manière générale.

Une réunion est publique, chaque fois qu'elle renferme, même dans un local privé, un certain nombre d'assistants qui s'y trouvent, non par le choix d'une personne ou à cause des relations existantes entre eux, mais parce qu'ils puisent en eux-mêmes le droit d'y être présents.

Un bal, un concert, toute fête organisée par souscription publique sera une réunion publique et les écrits ou imprimés qui y seront exposés auront, par cela seul, reçu une publicité suffisante pour tomber sous le coup de la loi, s'ils contiennent des infractions prévues au chapitre IV.

L'expression « lieux publics, » dans le sens de notre article, est beaucoup plus compréhensive que dans son acception courante. Outre les places, les rues et voies de communication, ce sera, par exemple, un théâtre, un

(1) L'article 28, alinéa 2 le dit expressément quand il parle de la saisie des exemplaires, des dessins, etc., « exposés aux regards du public, mis en vente, colportés ou distribués. »

(2) « Utor permissis caudæ que pilos ut equinæ;
Paulatim vello, et demo unum, demo etiam unum,
Dum cadat elusus ratione ruentis acervi,
Qui redivit ad fastos, et virtutem æstimat annis,
Miratur que nihil, nisi quod Libitina sacravit. »

(Horat., Lib. II, Epist. 1, ad Augustum.)

café, un musée, une bibliothèque, une église, une gare, pendant tout le temps qu'ils restent ouverts. Ce sera même le parc d'un château, que le propriétaire ouvre à tous, un jour de fête, la galerie des tableaux que les étrangers peuvent visiter à certaines époques de l'année. Ces lieux privés sont, pour la circonstance, devenus des lieux publics; car tout le monde peut y entrer.

En résumé, un lieu est public, dans le sens de notre article, « toutes les fois qu'il est ouvert et accessible, de jour ou de nuit, aux citoyens, ou à une classe de citoyens, soit d'une manière absolue, soit en accomplissant certaines conditions d'admissibilité ou en payant une rétribution (1). »

Nous supposons donc à présent que notre livre est sorti de sa vie privée, qu'il a franchi le pas, que par l'un de ces moyens : vente, distribution, mise en vente ou exposition dans un lieu ou dans une réunion publique, il a atteint la publicité exigée. Notre étude, nos investigations ne porteront plus que sur les autres éléments, les éléments spéciaux aux diverses infractions que l'on peut commettre par la voie du livre.

SECTION I.

Provocation aux crimes et délits.

Le titre sous lequel sont rangées ces infractions, le nom qu'on leur donne fait venir à l'esprit l'idée de lutte; ce n'est plus seulement de la polémique ardente, à la-

(1) De Grattier, *Lois de la presse*, t I, p. 119.

quelle le livre, dans son acception banale, le volumineux ouvrage semble déjà bien étranger; c'est quelque chose de plus encore, c'est la poussée en avant, le souffle de la révolte que ce nom rappelle. On pourrait donc croire que ces délits, tout d'actualité, ne peuvent être que le fait des journaux, qu'il est inutile d'en parler à propos du livre. Mais il faut nous entendre; quand nous parlons du livre, nous ne distinguons pas, comme le faisait la loi de 1814, entre l'ouvrage considérable et cette fameuse brochure de moins de vingt feuilles, le pamphlet, immortalisé par P.-L. Courier; il ne nous est pas permis de le faire; car il y a bel âge que le législateur a abandonné cette distinction à son malheureux sort. Nous avons donc suivi une division plus large, nous avons laissé le journal et la presse périodique, il nous reste le livre, c'est-à-dire toute la presse non périodique. Et dès lors ce qui se conçoit difficilement dans un écrit de longue haleine, cette âpreté de la lutte, ces excitations à la violence, au crime, paraîtront moins invraisemblables dans une feuille de rencontre, dans une brochure jetée à la foule, un jour d'entraînement.

Il nous faut donc analyser les textes, puisqu'ils peuvent s'appliquer en notre matière.

L'article 23 a été l'objet d'une longue discussion dans les deux Chambres; il est nécessaire de l'étudier attentivement. Cet article prévoit le cas de provocation publique et directe à des crimes et délits et décide que le provocateur sera passible des mêmes peines que l'auteur de l'infraction, si la provocation a été suivie d'effet ou s'il y a eu tentative de crime prévue par l'article 2 du Code pénal. Il crée ou plutôt il réédite, après l'ar-

ticle 1^{er} de la loi du 17 mai 1819 et en dehors de l'article 60 C. pén., un nouveau cas de complicité.

L'article 60 Code pénal, alinéa 4, ne déclare la provocation coupable, qu'autant qu'elle est qualifiée, qu'elle est accompagnée de « dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, » ou que le provocateur a donné des instructions pour commettre le crime ou le délit; il faut au moins qu'une de ces circonstances se joigne aux conseils.

Vous pouvez provoquer mille personnes à commettre un crime, pourvu que vous les preniez une à une; aucune loi ne le défend; c'est un simple conseil. Réunissez-les et faites-leur un discours ou bien distribuez des brochures où vous leur direz les mêmes paroles; vous serez poursuivi en vertu de l'article 23. Qu'est-ce donc qu'il interdit, cet article? la provocation? pas le moins du monde; c'est la publicité de la provocation qu'il défend, c'est la publicité que la loi punit, c'est la publicité qui remplace toutes ces autres qualifications que l'article 60 C. pénal jugeait indispensables, pour qu'il y eût complicité.

Sans doute, la provocation publique ne sera pas aussi pressante pour tel individu déterminé, que les dons, promesses, ou menaces; mais il va s'introduire un élément nouveau : ce sera, surtout pour le cas du discours, la surexcitation mutuelle, l'entraînement de la foule. La provocation a d'autant plus de chances de réussir qu'elle s'adresse à plus de personnes; le discours est jeté à la multitude, le livre sera lu par tout un peuple; souvent par malheur ce ne sera pas parole perdue pour tout le monde. Et si un lecteur égaré s'est laissé entraî-

ner, s'il a commis le crime, ce crime que lui désignait l'écrivain, comment soutenir que lui seul est coupable parce que lui seul a frappé; ne fallait-il pas atteindre derrière lui le provocateur, l'auteur intellectuel du crime ⁽¹⁾.

Toutes ces raisons furent éloquemment développées à la Chambre, notamment par M. Agniel, membre de la Commission; mais on se souvenait des abus qu'avait entraînés cette prescription si vague, si élastique de la loi de 1819, la théorie de la complicité morale, et on craignait de les voir se renouveler : ce ne fut qu'après trois séances à la Chambre, de longs discours sur ce qui était ou non de droit commun, après des argumentations sans fin sur l'article 60 C. pén., comme si le Code pénal de 1810 était le seul critérium de la justice, que l'article 23 fut voté. Il n'y eut pas moins de difficultés au Sénat.

Voilà donc les publicistes bien en péril, où ne pourra-t-on voir la provocation; ne sera-ce pas provoquer au crime, que faire l'apologie de Brutus, que rappeler la « ravissante Charlotte Corday, telle qu'elle fut sur l'échafaud, dans la splendeur sinistre du manteau rouge, dans l'auréole sanglante du soleil de Juillet et dans la pourpre du soir ⁽²⁾. »

Rassurez-vous, comme le disait M. Bozérian; ces rappels du passé ne seront jamais une provocation à l'assassinat; il y a dans l'article 23 un petit mot, qu'on ne trouve pas dans le texte de 1819; c'est le mot « directement. » Pour que la provocation publique devienne com-

(1) La loi belge punit le provocateur comme auteur principal.

(2) Michelet, *Révolution*, t. VII, p. 342.

plicité, il faut qu'elle soit directe, « spéciale et directe, » disait M. Lisbonne, dans son rapport; il faut qu'il existe entre elle et tel crime ou tel délit un lien certain, la relation directe de la cause à l'effet. Grâce à ce mot, le vague de l'article disparaît, et l'on peut dire qu'il ne s'appliquera jamais.

Mais voici une autre hypothèse. Le crime ou le délit auquel devait conduire, entraîner la provocation, n'a été ni commis ni tenté (nous avons fait remarquer déjà que c'était, en cas de crime seulement, que la tentative prévue par l'article 2 C. pén. était assimilée à l'exécution, en ce qui touche le provocateur; pour que la provocation à un délit soit réprimée, il faut qu'il y ait délit achevé). Pas d'auteur principal, pas de complice possible. Le provocateur est donc innocent, son acte est inoffensif, il pourra recommencer demain. — Oui certainement, c'est la doctrine admise, la règle générale que suppose l'article 24. Règle toute théorique et purement spéculative. — Pour la pratique c'est autre chose; car à cette règle générale l'article 24 apporte une exception qui embrasse à peu près tous les crimes, où peut se concevoir la provocation publique.

Ce n'est pas en effet au crime de faux, de vol avec effraction, qu'il viendra jamais à l'idée d'un publiciste de pousser. La provocation sera toujours mêlée à la politique et l'article 24 vise les crimes de meurtre, de pillage et d'incendie et les crimes contre la sûreté de l'État. Il est ainsi conçu :

« Ceux qui, par les moyens énoncés en l'article précédent, auront directement provoqué à commettre les crimes de meurtre, de pillage et d'incendie ou l'un des crimes contre la sûreté de l'État, prévus par les articles

75 et suivants, jusques et y compris l'article 101 du Code pénal, seront punis, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, de trois mois à deux ans d'emprisonnement et de 100 à 3,000 fr. d'amende. »

Le deuxième alinéa parle de cris ou chants séditieux.

Cet article paraissait en contradiction avec le précédent; comment pouvait-on punir le complice d'une infraction qui n'avait pas été commise? Aussi fut-il, d'abord et sous l'influence de cette idée, rejeté à la Chambre; mais les raisons qui n'avaient pas eu de succès auprès des députés furent accueillies au Sénat. On pensa que la provocation directe aux crimes dont nous avons parlé, à ces crimes qui, plus que les autres, portent atteinte à l'ordre social, parce qu'ils s'attaquent d'une façon plus directe à la société; on pensa que cette provocation causait, par elle-même, un trouble social profond et qu'il y avait lieu de la réprimer; alors même qu'elle n'avait pas été suivie d'effet, d'exécution du crime. L'article 24 fut rétabli.

La même disposition existe en Belgique (1831), en Suisse dans la loi fédérale pénale, dans le Code pénal du canton de Genève, remanié en 1874.

Nous ne voulons pas citer comme exemple de droit pénal en matière de provocation, une loi belge de 1875, qui déclare punissable de 3 années d'emprisonnement, la simple proposition de commettre un crime puni, soit de la peine de mort, soit d'une peine perpétuelle. On sait comment cette loi fut imposée à la Belgique à propos de l'affaire Duchesne (provocation à l'assassinat de M. de Bismarck).

Mais en Angleterre nous trouvons la loi de 1861 qui

punit l'excitation, même non publique, à commettre un attentat contre la vie humaine.

On voit donc que notre législateur n'a pas été le seul à réprimer la provocation non suivie d'effet. Mais est-ce une preuve qu'il a bien fait? Des textes ne sont pas toujours des raisons. Le trouble social était appréciable quand un crime ou un délit avait suivi la provocation et la relation de cause à effet avait un sens; mais ici?

C'est sans doute la précipitation avec laquelle la loi a été votée, le peu de temps dont disposaient nos législateurs qui nous a valu l'adoption de cette disposition.

Reste un dernier cas de provocation ⁽¹⁾, le cas de l'article 25, qui punit d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 16 à 100 francs la provocation « adressée à des militaires des armées de terre ou de mer, dans le but de les détourner de leurs devoirs militaires et de l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs dans tout ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et règlements militaires. »

Ce fut l'occasion d'une discussion assez vive sur l'embauchage, sur les devoirs militaires, sur l'obéissance qui

(1) On pourrait y ajouter celui que prévoit l'article 6 de la loi du 7 juin 1848, sur les attroupements. Il est ainsi conçu : « Toute provocation directe à un attroupement armé ou non armé par des discours proférés publiquement et par des écrits ou des imprimés, affichés ou distribués, sera punie comme le crime et le délit selon les distinctions ci-dessus établies. — Les imprimeurs, graveurs, lithographes, afficheurs et distributeurs seront punis comme complices, lorsqu'ils auront agi sciemment. — Si la provocation, faite par les moyens ci-dessus, n'a pas été suivie d'effet, elle sera punie, s'il s'agit d'un attroupement nocturne et armé, d'un emprisonnement de six mois à un an; s'il s'agit d'un attroupement non armé, l'emprisonnement sera de un mois à trois mois. »

doit être être passive et non aveugle, et c'est à cette discussion que doit le jour cette addition de M. Ballue : « dans tout ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et règlements militaires. »

On a essayé de repousser cette disposition dans son ensemble, on a objecté que les textes sur l'embauchage (art. 208 de la loi du 9 juin 1857, dite Code de justice militaire pour l'armée de terre, et art. 265 de la loi du 4 juin 1858, Code de justice militaire pour l'armée de mer) assuraient d'une façon suffisante la répression; mais il suffit de les lire pour voir qu'ils ne s'appliquent que dans des circonstances exceptionnelles; ils supposent la présence de l'ennemi ou de rebelles armés.

Il fallait donc ou consacrer l'impunité du provocateur, le laisser s'interposer entre l'officier et le soldat en toute sécurité ou voter notre article. On ne pouvait hésiter. L'article 25 fut adopté.

L'article voté à la Chambre des députés se terminait, comme l'article 23 de la loi du 27 juillet 1849, par ces mots : « Sans préjudice des peines plus graves prononcées par la loi, lorsque le fait constituera une tentative d'embauchage ou une provocation à une action qualifiée crime. » Il furent supprimés par la Commission du Sénat; M. Pelletan en donne la raison dans son rapport : « La question de savoir si la provocation par la voie de la presse pouvait être considérée comme une tentative d'embauchage a été plusieurs fois discutée. La peine de cette infraction étant la mort, on s'est demandé si l'application de cette peine à l'auteur d'un article de journal ne serait pas en opposition avec la suppression de la peine de mort en matière politique. La Commission n'avait pas à trancher la question; mais elle n'a

rien voulu laisser dans l'article dont on pût tirer un argument. »

SECTION II.

Outrage aux mœurs.

Tout le système de répression que nous venons d'étudier a été l'objet de vives controverses, nous touchons ici à des points moins discutés, à des délits dont la répression est admise dans les théories les plus libérales. Réprouvé de tous, l'outrage aux mœurs n'est pas, comme ceux qui précèdent, un délit qu'on ne rencontre que dans des circonstances exceptionnelles; il est de tous les jours, il est la plaie de la littérature et il paraît bien que cela n'a rien de spécial à notre époque; il est tout particulièrement le délit du livre.

Pendant des siècles, ce délit est venu se fondre dans le délit plus général d'outrage à la morale, à la religion, à la divinité. Inutile de rappeler les exactions commises, les répressions féroces qui ont ensanglanté l'ancienne France, on n'en garde que trop le souvenir. — Ce n'est que bien tard, en 1881, que le législateur a compris et mis en pratique cette parole de Montesquieu : « Il faut honorer Dieu et ne le venger jamais ⁽¹⁾. »

M. de Serre avait essayé, mais en vain, d'écarter de la loi de 1819 la morale religieuse. En vain M. de Broglie s'était écrié à la Chambre des pairs : « Ce serait violer la liberté que d'interdire à telle ou telle religion le droit de lancer l'anathème sur toute autre et de se

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XII, ch. iv.

proclamer exclusivement vérité. » L'outrage à la morale publique et religieuse, l'outrage aux religions reconnues avaient été punis en 1819 et en 1822 et ces délits étaient venus jusqu'à nous.

C'est leur dernière étape, ils n'iront pas plus loin, la loi de 1881 les a supprimés; elle n'a gardé de tout cela qu'un délit, et celui-là ne se rattache à aucune croyance religieuse en particulier; tout le monde l'admet, il est de tous les temps; c'est le délit d'outrage aux bonnes mœurs, prévu par l'article 28.

Avant d'aller plus loin dans l'étude de cette infraction, il est indispensable de dire ce que signifient ces mots « les mœurs » ou « les bonnes mœurs, » il faut en déterminer la portée. On retrouve cette expression presque partout dans notre droit, dans le droit civil, comme dans le Code pénal. Dans notre hypothèse, elle ne peut évidemment se confondre avec la morale publique, avec cet ensemble de règles variables qui, dans un pays, à une époque déterminée, sont communément reçues et servent à diriger la conduite des hommes; car les lois qui ont précédé distinguaient la morale publique et les mœurs. Les lois ont passé, le sens des mots reste. On a voulu spécialiser; les « bonnes mœurs » ne sont donc qu'une partie de la morale publique, et l'outrage aux mœurs est spécialement celui qui blesse la pudeur, celui qu'affectent la licence et l'esprit de débauche ⁽¹⁾.

D'autant plus dangereux qu'il est plus séduisant, le livre licencieux trouve bien rarement qui résiste à la ten-

(1) Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. I, p. 315; De Grattier, *Commentaires sur les lois de la presse*, t. I, p. 160.

tation ; jeunes ou vieux, presque tous se laissent séduire, et souvent le livre laisse trace de son passage. Faut-il cependant jeter l'anathème au livre, à la gravure, les accuser de tout le mal si la moralité baisse, si les mœurs sont relâchées ?

L'écrivain parle de ce qui se passe autour de lui, un livre est toujours un peu le reflet, l'expression de son temps ; c'est la condition de son succès.

« Hé Monsieur ! un roman est un miroir qui se promène sur une grande route. Tantôt il reflète à vos yeux l'azur des cieux, tantôt la fange des borbiers de la route. Et l'homme qui porte le miroir dans sa hotte sera par vous accusé d'être immoral ! Son miroir montre la fange, et vous accusez le miroir ! Accusez bien plutôt le grand chemin où est le borbier, et plus encore l'inspecteur des routes qui laisse l'eau croupir et le borbier se former (1). »

Puis il ne faut pas oublier ceci : quand on parle de mœurs, on parle d'une chose essentiellement variable, changeante ; ce qui nous choque aujourd'hui semblait tout naturel à nos pères et passait inaperçu. Les dames les plus réservées lisaient certainement, au xvi^e siècle, des livres moins châtiés que ceux que l'on écrit maintenant ; on y était fait, c'était les mœurs d'alors et pas une ne criait : à la garde ! pour un mot trop vif ou pour une situation risquée.

C'est encore la différence des mœurs qui nous permet de comprendre comment les comédies d'Aristophane étaient, non-seulement lues, mais déclamées, représentées en plein air, devant tout un peuple. Circonstance fort

(1) Stendhal, *Rouge et noir*.

aggravante; car, par le seul fait de la présence d'autres personnes, il se produit comme un raffinement de la pudeur de chacun et, ce qu'on peut dire à cent personnes, en les prenant les unes après les autres, sans les choquer, il est souvent impossible de le dire, quand ces mêmes personnes sont réunies et qu'on s'adresse à toutes à la fois.

De tout cela ressort combien la définition du délit d'outrage aux mœurs est fatalement vague, peu précise; ce sera donc une raison pour le juge de se tenir en garde; c'est à lui que le législateur renvoie son travail inachevé, à lui qu'il confie la tâche délicate de le compléter, de tracer pour chaque espèce cette délimitation qu'il était impossible de faire d'une manière générale.

Quelquefois, souvent peut-être le délit n'existera que dans le réquisitoire; ce que personne n'avait remarqué, tel passage, tel détail microscopique, telle expression va sortir du livre, paraître en relief gonflée de venin, grosse d'immoralité, animée de tout le talent de M. l'avocat général. Au juge de rester froid, de voir, de remettre tout en place, et d'oublier un peu quelques points pour mieux juger de l'ensemble.

Le délit d'outrage aux mœurs, qu'il ne faut pas confondre avec le délit d'outrage à la pudeur, délit d'action prévu par l'article 330 C. pénal, n'est puni qu'autant qu'il y a eu publicité. Le livre est un des moyens de le commettre, nous n'avons pas à nous occuper des autres; cependant il est nécessaire, pour éviter toute confusion, de faire remarquer ici que jamais il ne peut y avoir de saisie préventive (sauf quatre exemplaires en cas de non dépôt) du livre, pas plus dans le cas d'outrage aux mœurs que pour tout autre délit. Si nous le disons, c'est pour

repousser cette idée que la saisie préventive, permise dans le cas d'outrage aux mœurs par l'article 28, est possible, quels que soient les moyens de publication. L'article 28 nous dit formellement quels instruments de publication pourront être saisis; il ne s'agit que des « exemplaires des dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images obscènes, exposés aux regards du public, mis en vente, colportés ou distribués, » nullement des imprimés (1).

C'est le seul cas de saisie préventive qui soit restée dans la loi; elle n'est pas du reste la seule marque exceptionnelle de réprobation que le législateur de 1881 ait donnée contre le délit de l'outrage aux bonnes mœurs. — Dans la loi nouvelle, en effet, on a suivi partout ailleurs un système d'abaissement des pénalités anciennes. Ici loin de voir ce système appliqué, nous trouvons au contraire une élévation du maximum des peines, qui lui sont applicables à deux ans d'emprisonnement et à 2,000 fr. d'amende, au lieu de un an et 500 fr. (art. 8, loi du 17 mai 1819.)

Sans attendre plus longtemps et sans renvoyer, comme pour les autres délits, au chapitre de la compétence, disons dès maintenant la distinction proposée au Sénat et admise dans la loi, entre le cas où l'outrage est commis par l'un des moyens énoncés en l'article 23 ou par l'un des moyens que nous venons de citer, énoncés en l'article 28, alinéa 2.

(1) L'article 287 C. pénal ordonnait en outre la confiscation des planches, et cette disposition avait échappé à l'abrogation écrite dans l'article 26 de la loi du 17 mai 1819; aujourd'hui elle est abrogée, cela ne fait aucun doute. L'article 287 n'était pas compris dans l'énumération des dispositions spécialement exceptées de l'abrogation par le projet, et d'ailleurs M. Lisbonne, rapporteur, a pris soin de le dire.

Au premier cas, et c'est le cas du livre, le délit sera jugé par la cour d'assises; au second cas, il sera de la compétence du tribunal correctionnel. Un mot a suffi à motiver cette disposition, il va suffire à l'expliquer. On a voulu assurer la répression de délits multiples, trop nombreux pour que la Cour d'assises y puisse statuer, et on a voulu donner en même temps à la presse, à ceux qui écrivent, la garantie du jury.

Mais il se peut que le livre délictueux renferme des gravures qui tombent sous le coup de l'article 28. Dans ce cas les deux délits d'outrage aux mœurs se confondent et n'en forment plus qu'un; il ne reste plus qu'un auteur principal, l'éditeur du livre illustré, et ses deux complices, l'écrivain et l'artiste le suivront en Cour d'assises.

Nous abandonnons ici la classification des infractions, suivie par la loi; elle nous semble un peu factice. Pourquoi en effet isoler et ranger sous des titres divers, l'offense au Président de la République et le même délit d'offense, puni des mêmes peines, quand il est commis envers des chefs d'États étrangers. Mais c'est surtout au point de vue de l'étude qu'une telle classification devenait défectueuse. Nous allons donc traiter successivement du délit de diffamation envers les corps constitués, les personnes ayant agi dans un caractère public et les particuliers, et du délit d'injure envers les mêmes personnes; ce n'est qu'ensuite que viendront ensemble les délits d'offense envers les chefs d'États et d'outrage envers les agents diplomatiques étrangers.

Si nous groupons ici, dans cet ordre, des délits que

le législateur a dispersés, c'est que ces infractions ont un fonds commun, les mêmes caractères, un objet identique et qu'en agissant ainsi nous aurons quelque chance d'éviter les redites inutiles.

SECTION III.

Diffamation.

I. — *Les éléments du délit.*

« La vie privée de tout citoyen est sa propriété, nul n'a le droit de pénétrer dans ce sanctuaire... »
(B. CONSTANT.)

« Attaquer les fonctionnaires publics est le droit d'un citoyen dans un pays libre, et l'abus ne commence que quand l'attaque est poussée jusqu'à dénaturer la vérité. »

(DUC DE BROGLIE. *Rapport présenté à l'Assemblée Nationale*, le 10 avril 1871.)

Pour que le délit de diffamation existe et soit caractérisé, il faut, en dehors de l'existence d'une victime, la réunion de trois éléments indispensables.

Le premier nous est donné par l'article 29, alinéa 1 ; c'est « l'allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. »

Le second élément est commun à tous les délits de presse ; c'est la publicité. Nous avons dit, une fois pour toutes, quand il y a publicité ; nous n'avons pas à y revenir.

Le troisième élément ; c'est un élément qui se retrouve, dans la plupart des délits ; des auteurs vont même jusqu'à

en faire une condition du délit en général; c'est l'intention coupable ou l'intention de nuire.

Étudions les deux éléments qu'il nous reste à déterminer.

Allégation ou imputation diffamatoire. — La loi définit avec soin la nature de l'assertion qui peut avoir le caractère de diffamation; l'article 29, alinéa 1, est ainsi conçu :

« Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. »

C'est la reproduction textuelle de l'article 43, alinéa 1, de la loi du 17 mai 1819.

« *Imputer*, » c'est affirmer, a dit en 1819 la Commission de la Chambre des députés; « *alléguer*, » c'est annoncer sur la foi d'autrui ou laisser à l'assertion l'ombre du doute.

Ainsi la loi ne distingue pas, elle assimile l'allégation à l'imputation, enlevant ainsi aux diffamateurs un moyen trop facile de la tourner. C'est donc en vain qu'on laisserait à son propos l'apparence du doute, qu'on voudrait se réfugier derrière les déclarations d'un tiers. Désigner ce donneur de renseignements, cet auteur de l'allégation, ce serait dénoncer une personne non punissable, et jamais, en règle générale, la dénonciation même d'un complice n'a été une excuse, encore moins un fait justificatif.

Il faut en outre qu'il y ait allégation ou imputation d'un *fait*, et c'est ce qui distingue la diffamation de l'injure. Mais la révélation de tout fait, même de la vie privée, ne constitue pas la diffamation; la publication d'un fait indifférent ne constitue même plus un délit; on a démoli le mur fameux de la vie privée; l'article 41 de la loi du 11 mai 1868, qui l'avait élevé, est abrogé. La loi veut

que ce fait « porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. »

Que le diffamateur ait écrit de bonne foi ou non, que le fait imputé soit vrai ou faux, peu importe en principe : médisance ou calomnie ont le même sort. La loi ne distingue plus, comme le faisaient les articles 367, 368 et 370 du Code pénal.

Ces articles abrogés n'admettaient d'ailleurs la preuve de la vérité du fait diffamatoire que d'une façon fort restreinte; cette preuve ne pouvait résulter que d'un jugement ou de tout autre acte authentique. Hors ces deux cas, nulle excuse, nul moyen pour l'auteur de l'imputation de se mettre à l'abri, d'éluder la peine.

Sous le régime de la loi actuelle, comme en 1819, la production d'un jugement serait sans aucune utilité; on invoquerait en vain que le fait imputé est notoire, connu de tout le monde, qu'il y a eu une condamnation (1). Jeter à la face du coupable son jugement de condamnation constitue tout aussi bien le délit que le fait de calomnier un innocent. Le coupable a payé sa dette ou il la paie en subissant sa peine, il ne doit plus rien à la société et personne n'a le droit de lui reprocher son passé (2).

Veritas convicii non excusat. Telle est la règle.

C'est ce que disait M. de Serre : « La diffamation n'implique pas nécessairement la fausseté des faits; elle dénote seulement, d'une part, l'intention de nuire et de l'autre le

(1) *Contrà* : de Grattier, *op. cit.*, t. I, p. 178.

(2) Cependant, il ne faut pas oublier une chose; c'est que sauf le cas d'une interdiction spéciale prononcée par la loi ou par le juge, le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires ne donne lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage (art. 41, al. 3).

dommage causé. » Et M. de Broglie, à la même époque (1849) : « La calomnie est l'imputation à un tiers de faits faux propres à le déshonorer ; c'est un crime très-odieux sans doute ; mais ce n'est pas à dire que la justice doive épargner celui qui déchire gratuitement son semblable, même lorsqu'il ne dirait que des vérités. »

Le juge du délit n'a donc aucun compte à tenir de la vérité des discours diffamatoires ; le dommage causé, l'atteinte à l'honneur ou à la considération n'en sont que plus graves et plus certains, et la société n'a rien à y gagner ; c'est dans un intérêt d'ordre public que la preuve est interdite.

Que faut-il donc entendre par ces mots : « *Honneur, considération* ? »

Ces deux expressions ne sont pas synonymes ; on peut porter atteinte à la considération sans cependant blesser l'honneur, la probité. « La considération, disait M. de Serre, s'entend particulièrement de l'estime que chacun peut avoir acquise dans l'état qu'il exerce, estime qui est pour lui une propriété précieuse que la diffamation peut atteindre sans cependant porter atteinte à son honneur ; car on peut être homme d'honneur, n'être pas diffamé comme tel, et l'être, par exemple, dans les autres qualités morales qui font un bon négociant, un bon avocat, un bon médecin. »

M. de Courvoisier a dit aussi dans un rapport : « Tout ce qui touche à la réputation, à la probité touche à l'honneur et l'on peut, sans blesser l'honneur, porter atteinte à la considération. » Ce ne sont là que des indications, mais elles suffisent à mettre en relief, à soutenir, au point de vue juridique, les définitions de Littré :

« *Honneur*. — Estime glorieuse, qui est accordée à la

vertu, au courage, aux talents. » On voit que c'est quelque chose d'éminemment personnel.

« *Considération.* — Egard, estime que l'on a pourvous. »

« La considération vient de l'effet que nos qualités personnelles, notre crédit, nos richesses, nos places font sur les autres. » Et pour distinguer la considération de la réputation, encore un mot qui reviendra souvent, voici ce qu'il ajoute : « Aussi est-elle beaucoup moins répandue que la réputation, qui, elle, est la connaissance parmi un public plus ou moins nombreux, du nom, des actions, des œuvres d'un homme. Tel homme peut avoir de la considération sans avoir de la réputation, la considération étant bornée ou pouvant l'être à un cercle restreint. »

Nous n'allons pas passer en revue tous les moyens de nuire à l'honneur ou à la considération d'autrui; il est bien inutile de réunir, comme dans un musée, toutes les inventions de la malice humaine; questions de fait d'ailleurs, qui varient selon les espèces et avec les circonstances.

Citons à titre d'exemples, parce que cela est éminemment spécial à notre sujet, un cas où le livre, dans son ensemble, par le seul fait de sa publication, peut constituer une diffamation.

C'est ce qui arriverait si l'un de ces écrits, pour lesquels on a dû chercher un nom spécial, si un ouvrage pornographique était publié sous le nom d'un auteur et pour lui nuire. Il y aurait là évidemment une atteinte portée à sa considération, dont il pourrait demander la réparation en justice. Mais sans aller jusque-là, sans supposer une atteinte à la dignité de l'homme, on a pu dire ⁽¹⁾

(1) Dalloz, *Presse outrage*.

qu'il y aurait encore diffamation alors même que l'ouvrage supposé ne lèserait que la considération professionnelle, la réputation littéraire de la victime (1).

Il n'y a en effet aucune raison pour abandonner à la malignité publique la considération d'un auteur; alors que la loi protège celle d'un médecin, d'un avocat, d'un commerçant. La loi n'a fait nulle part cette distinction entre les professions.

Cependant il ne faut pas exagérer. L'écrit qu'un auteur publie en son nom, comme son œuvre, il le livre à la discussion, à la critique, et la critique est permise. Elle sera même utile à celui qu'elle attaque, puisqu'en lui signalant ses fautes, elle le mettra sur ses gardes et l'empêchera de retomber à son insu dans les mêmes défauts. Elle est un droit, tant qu'elle reste modérée, qu'elle ne dépasse pas les bornes; mais pourrait-on dire aujourd'hui d'un auteur ce que Boileau disait de Rollet; question de fait, la critique doit se conformer aux mœurs de son temps.

Et ce que nous disons de la critique, il faut le dire du délit de diffamation lui-même; les juges devront tenir compte de l'opinion publique, de la susceptibilité plus ou moins exagérée, de l'irritabilité générale plus ou moins grande. Ils devront examiner les circonstances de la cause, la position sociale des parties, leur caractère public, leurs professions, leurs mœurs, leurs habitudes, l'éducation qu'elles ont reçue, leur caractère privé, l'estime et le respect dont elles jouissent, leur âge, leur sexe

(1) L'hypothèse n'a rien de chimérique; elle s'est présentée dans le procès Geoffroy, Cubières-Palmézeaux; ce dernier avait publié sous le nom du célèbre critique une tragédie burlesque intitulée : La mort de Caton; il fut poursuivi devant le juge de paix et condamné à payer des dommages-intérêts.

et la position, dans laquelle elles se trouvent au moment où a eu lieu la diffamation. Ce sont des facteurs importants de délit, qui peuvent l'aggraver, le modifier, l'atténuer.

Cela est vrai pour la diffamation, plus encore pour l'injure.

Pour qu'il y ait diffamation, il faut qu'il y ait dommage causé; il faut donc que l'allégation blessante atteigne une personne et que l'on puisse, grâce aux indications qui l'accompagnent, reconnaître d'une manière certaine qui est le diffamé.

D'ailleurs qui pourrait se plaindre, si personne n'était désigné; pour qu'il y ait atteinte à l'honneur ou à la considération, c'est-à-dire à l'estime que le public a pour une personne, il faut bien que le public sache que c'est à cette personne qu'on impute tel fait déshonorant. « *Si incertæ personæ conviciū fiat, nulla est executio* (1). » Le diffamateur a-t-il nommé? pas de doute, il y a un délit; la loi est formelle. Mais s'il n'y a qu'une désignation? D'abord il se peut qu'elle soit pour tout le monde aussi précise que l'appellation nominale; ainsi qu'on dise : Le préfet de tel département, le maire de telle commune, l'aubergiste de tel village (où il n'y a qu'une auberge), ou qu'on cite les noms de ces fonctionnaires ou commerçant; c'est bien la même chose.

On peut même aller plus loin et dire que l'ensemble des faits rapportés, des circonstances, des actes attribués à tel personnage sera parfois une désignation suffisante; cela, quand le récit permettra, ne serait-ce qu'aux personnes qui sont en relation directe avec le plaignant de le reconnaître sous cette désignation.

(1) Loi 15, § 9, Dig., *De injuriis et famosis libellis*.

Fort bien en théorie; mais les textes?

Le droit romain l'avait admis, il avait même ouvert l'action publique dans ce cas contre l'auteur de l'injure. Et le motif de cette disposition était que la difficulté de la preuve aurait pu empêcher la partie intéressée de poursuivre le diffamateur. « *Cum nomen adjectum non est ejus, in quem factum est : tunc ei quia difficilis probatio est, voluit senatus publicâ quæstione rem vindicari. Cæterum si nomen adjectum sit et jure communi agi poterit. Nec enim prohibendus est privato agere judicio, quod publico judicio præjudicatur : quia ad privatam causam pertinet. Plane, si actum sit publico judicio, denegandum est privatum : similiter ex diverso* (1). »

Un projet de loi sur les délits de presse, adopté par le Conseil des Cinq-Cents, le 30 pluviôse an V, et rejeté par les Anciens, admit que la désignation indirecte « comme par une ou plusieurs lettres, par des indications de lieu, de temps, de profession, de fonctions ou autres quelconque, » serait suffisante et le Conseil des Anciens avait approuvé cette disposition, pour ce motif qu'il ne faut, en pareille matière, « admettre aucun subterfuge. »

Rien dans la loi de 1819; cela avait paru sans doute évident et de simple bon sens; car l'article 41 de la loi du 25 mars 1822, relatif au droit de réponse accordé à toute personne nommée ou désignée dans un journal, après avoir reconnu ce droit et en avoir établi la sanction ajoute : « sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article incriminé pourrait donner lieu. »

Cette disposition finale est textuellement reproduite

(1) Loi 6, Dig., *De injuriis et famosis libellis*.

dans la loi de 1881 (art. 13), qui du reste n'est pas plus explicite que la loi de 1819, dans les textes qui ont trait à la diffamation.

La désignation est donc suffisante, elle équivaut donc à l'appellation nominale.

La diffamation peut rejaillir parfois d'une personne sur une autre; on attaque la femme; le mari, en son personnel, peut-il se plaindre? On attaque une personne décédée, les héritiers sont-ils diffamés? Toutes questions que la loi résout de la même manière. Il faut qu'il y ait atteinte portée méchamment à l'honneur ou à la considération du mari, des héritiers de la personne attaquée, et que cette atteinte résulte de l'allégation ou de l'imputation d'un fait déshonorant, personnel au mari, impliqué par l'allégation du fait de la femme; il faut qu'il y ait divulgation d'un fait déshonorant pour les héritiers, comme pour le défunt. Nous reviendrons du reste sur cette hypothèse.

Un exemple fera mieux comprendre la théorie. X... dit d'une femme qu'elle a tué quelqu'un; voilà une diffamation; rejaillit-elle sur le mari? pas le moins du monde. Il peut être froissé dans son affection; on le serait à moins; mais il n'y a nullement imputation d'un fait quelconque du mari.

Autre hypothèse. On reproche publiquement à un mari d'avoir favorisé les rapports de sa femme avec un individu désigné, par un voyage fait dans ce but. Il y a d'abord diffamation du mari, et, en second lieu, diffamation de la femme, à qui l'on impute indirectement le fait d'avoir eu des rapports adultérins.

La réunion de tous les éléments du délit est nécessaire pour qu'il existe, cela est évident. Dans les hypothèses

que nous venons de former, nous n'avons rien fait de plus que l'exiger.

Il faut donc, quoi qu'en dise de Grattier ⁽¹⁾, rejeter les idées des Romains sur la question. C'est une erreur de dire dans notre droit : « *Spectat enim ad nos injuria, quæ in his fit, qui vel potestati nostræ, vel affectui sub-jecti sunt* ⁽²⁾. » Il n'y a plus ni *potestas*, ni personnes *subjectæ*, qui nous représentent, et la diffamation ne peut nous atteindre *per alias personas*, il faut toujours qu'elle renferme l'imputation d'un fait à nous personnel.

Intention de nuire. — Mais tout cela ne suffit pas encore à constituer le délit, s'il manque l'intention de nuire.

« Intention (*in tendere*), cela signifie proprement le fait de vouloir les conséquences de l'acte que l'on commet, de tendre vers le résultat produit par cet acte ⁽³⁾. »

On distingue donc la volonté qui s'applique à l'acte et la volonté qui s'applique aux conséquences de l'acte et c'est cette dernière que l'on désigne sous le nom d'intention de nuire ou plus justement d'intention coupable.

« Par ces mots : intention de nuire, dit Grellet-Dumazeau, il ne faut pas entendre exclusivement le dessein de causer à autrui un dommage plus ou moins immédiat, soit dans sa fortune, soit dans son honneur ou dans sa considération. L'intention de nuire doit être envisagée dans un sens plus moral, plus indépendant du préjudice qui peut en résulter et de la personne qui doit en souffrir.

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 193.

(2) L. 1, § 3, Dig., *De inj. et fom. lib.*

(3) Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I, n° 249.

C'est un fait de *conscience*, que le droit romain appelait invariablement *dolus* et que ses interprètes ont exprimé par *animus injuriandi*; c'est-à-dire l'esprit de dénigrement, de malice, de méchanceté, le désir de satisfaire une mauvaise passion, un ressentiment. Cette distinction est importante et ne doit jamais être perdue de vue (1).

Sans l'intention de nuire, pas de délit de diffamation, tout le monde l'admet. Mais à qui incombera la preuve de l'existence de cet élément du délit?

Actori incumbit probatio; c'est le ministère public qui poursuit, à lui de faire la preuve, d'établir le délit, tous les éléments du délit (2).

Ce sont là des vérités banales, nous n'aurions pas à les rappeler, si ces principes de droit commun en matière de preuve n'avaient été trop souvent méconnus en notre matière. Des auteurs ont soutenu, d'accord avec la jurisprudence, que dans le délit de diffamation, l'intention de nuire était présumée, que c'était au prévenu qu'incombait l'obligation de prouver l'absence de cette intention.

Sur quoi est fondée cette doctrine? car enfin pour qu'il y ait une présomption légale, il faut qu'une disposition spéciale de la loi l'ait établie, attachée à tels faits déterminés (art. 1350 C. civ.). Sans texte, pas de présomption et surtout en matière criminelle, pour rendre plus facile la situation du prévenu. Montrez donc une disposi: on

(1) Grellet-Dumazeau, *De la diffamation*, t. I, p. 148.

(2) Conf. Dalloz, V^o *Presse-outrage*, n^o 883. — *Contra* : Chassan, *op. cit.*, I, p. 373; de Grattier, *op. cit.*, I, p. 180. — *Vide* Grellet-Dumazeau, *op. cit.*, t. I, p. 147 et s.

spéciale de la loi; il n'y en a pas. Une simple prétérition; c'est tout ce que la Cour de cassation a trouvé, un oubli dans l'article 13 de la loi de 1819, devenu l'article 29 de la loi actuelle. Cet article définit la diffamation et il ne parle pas de l'intention de nuire; c'est donc qu'il la sous-entend et qu'il la suppose toujours prouvée. Voilà tout l'argument : « Attendu, dit l'arrêt, que celui qui se permet publiquement l'allégation ou l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne agit nécessairement avec la connaissance que la publicité qu'il donnera à ce fait sera préjudiciable à la personne à laquelle il est imputé; — que cette allégation ou imputation doit donc être réputée de droit faite avec l'intention de nuire; — qu'elle constitue donc par elle-même une diffamation; — que c'est ainsi qu'elle a été caractérisée par l'article 13 de la loi du 17 mai, qui, n'ayant pas spécifié la circonstance de mauvaise intention, a reconnu qu'elle y existait de droit » (C. Cass., 15 mars 1821) (1).

En somme, dans son premier attendu, la Cour fait un cercle; elle part de cette idée que la présomption légale existe, pour établir qu'elle existe : attendu que l'intention de nuire existe « nécessairement, » (nous ne voyons pas du tout que cela soit si nécessaire,) l'imputation doit donc être réputée « de droit » faite avec l'intention de nuire. On se récrie, on dit : Non, la Cour a entendu seulement que l'intention de nuire existait nécessairement *en fait*; qu'il y avait une présomption de fait. — Mais alors comment peut-elle, de ce qui est arrivé en fait, conclure que cela arrivera toujours,

(1) Dalloz, *Répertoire*, V^o *Presse-outrage*, n^o 1571.

comment peut-elle conclure d'une *présomption de fait* à une *présomption de droit*?

Le législateur seul avait le droit de dire : L'intention est très-probable dans le plus grand nombre des cas, je vais la considérer comme prouvé toujours, — je vais établir une présomption légale.

Il ne reste donc que la dernière partie de l'arrêt : l'argument de prétérition. Mais il faut une disposition spéciale de loi pour établir une présomption légale et la loi ne dit rien. Ce n'est pas en matière pénale et contre le prévenu que, de son silence, on peut conclure à l'existence de cette présomption. Jamais on ne présume un prévenu coupable; c'est ce qu'on ferait ici dans une certaine mesure.

D'ailleurs, depuis 1881, nous avons un texte qui met à la charge du poursuivant la preuve de l'intention de nuire; c'est l'article 34 qui dit, à propos de ce qu'on appelait la diffamation envers les morts, à propos de la diffamation indirecte envers les héritiers vivants, « que la répression ne sera possible qu'autant que les diffamateurs auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur et à la considération des héritiers vivants. » Le législateur, tout le monde en convient, a voulu dire : la diffamation envers les morts ne sera punie que si elle est, en même temps, une diffamation envers les héritiers vivants. Si la formule qu'il a employée est équivalente; c'est donc que dans aucun cas l'intention méchante n'est présumée.

Grellet-Dumazeau a pris un système intermédiaire; rejetant la doctrine absolue des arrêts, il admet que la charge de la preuve incombera, tantôt au plaignant, tantôt au prévenu selon que la forme extérieure de l'impu-

tation sera inoffensive ou injurieuse : *Sicut se habent verba ita præsumitur esse animus* ⁽¹⁾.

C'est là un bon renseignement sur le moyen de faire la preuve, un conseil utile au défenseur ou au ministère public. Quant à une présomption légale qui serait tantôt pour, tantôt contre le prévenu, nous nous demandons comment il est possible d'en concevoir l'existence et d'en trouver le fondement dans l'article 29.

Sans doute il peut y avoir des présomptions abandonnées « aux lumières et à la prudence des magistrats, » comme dit l'article 1353 du Code civil, des présomptions naturelles, que les juges admettront, si elles sont graves, précises et concordantes ; mais ce n'est là qu'une preuve indirecte, une preuve qu'il faut établir de toutes pièces, et qui ne ressemble en rien aux présomptions légales.

Sans doute s'il existe contre le prévenu des présomptions graves, précises et concordantes, le ministère public aura tôt fait sa preuve, il n'aura qu'à les produire, à montrer qu'elles existent et les juges condamneront. Mais il en est ainsi de toutes les preuves ; on n'a jamais qu'à les produire.

La question n'a pas d'ailleurs sur les décisions judiciaires autant d'influence qu'on pourrait le croire ; car le juge correctionnel est, comme le juré, complètement libre dans son appréciation des faits ; il décide en son âme et conscience. Même dans le système de la jurisprudence, malgré le silence du prévenu sur l'intention de nuire, même s'il faisait défaut, les juges pourraient l'acquitter : attendu que les circonstances démontrent qu'il n'a pas eu l'intention de nuire (système de la jurisprudence), ou :

(1) Grellet-Dumazeau, *op. cit.*, I, p. 150 et suiv.

attendu qu'il n'est pas prouvé qu'il ait eu l'intention de nuire (notre système). Ce sera une question de formule de rédaction du jugement; ce qui sera critiquable, le plus souvent, ce ne sera pas le fond du jugement, mais sa forme; il pourra y avoir violation de la loi et matière à cassation.

Quand l'intention coupable a fait défaut, il n'y a pas de délit; mais il reste à la personne attaquée un recours, si elle a éprouvé un préjudice par suite de la publication des faits diffamatoires. Il n'y a pas le *dol*, élément indispensable du délit; mais il peut y avoir la *faute*, sur laquelle se fondera la demande, en vertu de l'article 1382 C. civ. Et cela laisse entière la question des dommages-intérêts; nous verrons cependant que cela n'est pas toujours absolument vrai.

II. — *Des victimes de la diffamation.*

Nous savons ce qu'est le délit de diffamation et quelles sont les conditions indispensables à son existence, nous allons suivre ce délit dans son exécution, étudier les modifications qu'il subit d'après la qualité des victimes. Ces modifications ont trait à la compétence des juges chargés de la répression, à la poursuite, à la peine et à l'admission, dans certains cas, de la preuve de la réalité du fait imputé.

La diffamation peut atteindre :

- 1° Les corps constitués et les personnes ayant agi dans un caractère public;
- 2° Les particuliers.

Corps constitués et personnes ayant agi dans un caractère public. — Et d'abord, qu'est-ce que les corps

constitués? — Dans cette même catégorie, l'article 30, plus précis en cela que l'article 5 de la loi du 25 mars 1822, range les cours et tribunaux, les armées de terre et de mer, les corps constitués et les administrations publiques.

Les deux premiers termes n'ont pas besoin de définition; tout le monde sait ce que sont les cours et tribunaux, les armées de terre et de mer. Une observation cependant, elle est motivée par un incident de rédaction. L'article voté par la Chambre des députés disait : les *Cours d'appel*; le Sénat a uni les *Cours*, parce que cette expression générique comprend les autres cours : la Cour des comptes et la Cour de cassation. (Rapport de M. Pelletan.)

Par *corps constitués* on est généralement d'accord qu'il faut entendre les corps auxquels la constitution ou les lois organiques qui en forment le complément ont attribué une partie de l'autorité ou de l'administration publique.

Tels sont le Sénat, la Chambre des députés, les conseils généraux, les conseils d'arrondissement, les conseils municipaux, les parquets des cours et tribunaux, le conseil de l'instruction publique, etc.

Par *administrations publiques* on entend la réunion hiérarchique des fonctionnaires chargés de l'administration d'une partie des intérêts de l'État. Ainsi les douanes, les contributions directes et indirectes, l'enregistrement, les postes et télégraphes forment des administrations publiques.

C'est à la suite de cette énumération que M. Clémenceau disait : « Moyennant qu'on ne parle jamais des personnes qui viennent d'être indiquées, on aura la liberté de tout dire. Comment pourra-t-on critiquer tous les

corps constitués de l'État, le Gouvernement, les Chambres, le Conseil d'État, tout ce qui représente quelque chose dans ce pays, sans porter atteinte à leur considération. »

« Si je dis, par exemple, ajoutait M. Lockroy : « La Chambre des députés n'obéit pas fidèlement à son mandat, » je diffame. Si j'écris : « Le Sénat empêche la Constitution de fonctionner, » je diffame le Sénat. Si je dis : « L'armée n'est pas suffisamment disciplinée. » Je diffame l'armée. Et si je dis : « La magistrature est cléricale, elle fait constamment de l'opposition au Gouvernement. » Je diffame la magistrature.

M. Lisbonne, rappela la définition de l'article 29, en ajoutant que le juge c'est le jury, et malgré ces critiques, l'article 30 fut adopté (séance du 15 février).

La diffamation sera punie dans ce cas « d'un emprisonnement de 8 jours à un an et d'une amende de 100 francs à 3,000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement. » C'est à peu près la moitié des peines édictées par l'article 5 de la loi du 25 mars 1822, et encore cet article prononçait-il l'emprisonnement et l'amende cumulativement dans tous les cas.

« Sera punie de la même peine, dit l'article 31, la diffamation commise par les mêmes moyens (énoncés en l'article 23 et en l'article 28), à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou l'autre chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'État, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin à raison de sa déposition. »

Cette longue énumération que fait l'article 31, était nécessaire en présence des nombreuses controverses, qui s'étaient élevées dans la pratique. Le vague des définitions a disparu en partie, tout au moins pour les cas énumérés.

Faut-il comprendre, sous le nom de membres de l'une ou l'autre chambre, les députés ou sénateurs dont les pouvoirs ne sont pas vérifiés?

Il nous semble que le doute n'est pas possible, pas même pour ceux dont l'élection est soumise à une enquête. Les représentants, pour n'être pas validés, n'en ont pas moins un caractère public ; ils parlent et ils votent en cette qualité ; ils jouissent forcément, au point de leurs discours, de l'immunité parlementaire consacrée en l'article 41, alinéa 1. Ils reçoivent même leur indemnité comme si leur élection était vérifiée. D'ailleurs, ce qui donne aux députés leur caractère public, c'est assurément le fait de l'élection et, tant que cette élection n'est pas vérifiée, provision est due au titre.

Toute diffamation envers l'une des personnes désignées en l'article 31, ne tombe pas forcément sous le coup de cet article. Les peines qu'il édicte sont beaucoup plus graves que celles dont l'article 32 punit la diffamation envers les particuliers. Il y a donc un intérêt à savoir lequel des deux articles est applicable ; nous allons trouver un second intérêt à la question quand nous examinerons tout à l'heure dans quels cas la preuve de la véracité des imputations est admise.

Cette question que nous venons de poser, elle est résolue par l'article 31. Les peines aggravées de cet article ne s'appliqueront que lorsque la diffamation contre les personnes, ayant agi dans un caractère public, aura eu lieu, *à raison de leurs fonctions ou de leur qualité.*

Il s'opère alors comme un dédoublement de la personne : d'un côté l'homme privé, qui reste soumis au droit commun, protégé contre les attaques par des peines plus faibles, mais protégé contre la médisance tout aussi bien que contre la calomnie; de l'autre, l'homme public. Il a la confiance de ses concitoyens, et il leur en doit compte; il faut que chacun puisse contrôler ses actions, il faut que sa vie s'étale au grand jour. On peut tout dire contre lui et sans crainte, pourvu qu'on ne sorte pas des limites de la vérité, pourvu qu'on puisse ensuite apporter la preuve de l'existence du fait qu'on lui impute.

L'homme public, dans tout ce qui a trait à ses fonctions, doit être impeccable, s'il veut échapper à la médisance et à la réprobation. La loi ne le protège que contre les calomnies.

On comprend donc, en pareille occurrence, que la loi se montre plus sévère, puisqu'il s'agit de personnes exposées plus que toutes autres à la critique, aux attaques, et puisqu'en somme elle ne punit que le mensonge.

Les mêmes raisons qui viennent de nous servir à justifier, dans l'article 31, l'aggravation des peines, nous serviraient à expliquer les décisions identiques de l'article 30, en ce qui touche les corps constitués et les administrations publiques.

Ce sont des autorités que le législateur veut faire respecter, des autorités sur lesquelles le public a droit de critique et de surveillance.

Les articles 30 et 31 nous ont montré comment le législateur assurait le respect de l'autorité, l'article 35, alinéas 1 et 3, va compléter la théorie que nous avons indiquée, en nous disant quand la preuve des faits diffamatoires est admise :

« La vérité du fait diffamatoire, mais seulement quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie par les voies ordinaires, dans le cas d'imputations, contre les corps constitués, les armées de terre ou de mer, les administrations publiques et contre toutes les personnes énumérées dans l'article 31 » (art. 35, al. 1).

« Dans les cas prévus aux deux paragraphes précédents, la preuve contraire est réservée. Si la preuve du fait diffamatoire est rapportée, le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte » (al. 3).

La preuve pourra être établie par les voies ordinaires, c'est-à-dire par témoins; pourquoi le dire? Est-ce que ce n'est pas la règle toutes les fois qu'il s'agit de prouver un pur fait, un fait dont il a été impossible de se procurer une preuve écrite (art. 1328 C. civ.).

Les principes généraux du droit en matière de preuve suffisaient à l'établir. Voici peut-être ce qui explique cette mention; c'est l'histoire des variations du droit sur ce point. La loi de 1819 le disait par opposition à la preuve légale exigée en matière de calomnie par l'article 370 du Code pénal; la loi de 1881 le répète en souvenir de la loi de 1822 et du décret de 1852, qui avaient repoussé la preuve testimoniale.

D'ailleurs, mieux vaut une répétition, même inutile, qu'un oubli comme celui que nous allons signaler.

L'article 35, alinéa 1, est certainement corrélatif aux articles 30 et 31; il s'agit bien des mêmes personnes dans ces articles. Mais voici où est la difficulté; en ce qui touche l'article 31, le législateur, dans l'article 35, a procédé par renvoi; en ce qui touche l'article 30, au contraire, il procède par énumération; il refait la liste des corps constitués; malheureusement cette liste est incomplète, elle ne

concorde pas avec celle de l'article 30. L'article 35 passe sous silence « les cours, les tribunaux. » Le silence n'est pas intentionnel, c'est évident, le législateur n'a pas voulu couvrir d'une protection spéciale les cours et tribunaux. La discussion à la Chambre le montre bien. Le projet était ainsi conçu : « La vérité du fait diffamatoire pourra être établie par toutes sortes de preuves, dans les cas où la diffamation est commise, soit envers l'un des corps indiqués dans l'article 30, soit envers les personnes indiquées dans l'article 31, mais seulement dans les cas..., etc. »

Il a fait place à un amendement de MM. Bardoux et Durand dans le but de modifier le dernier alinéa et de lui donner sa forme actuelle. Sur le premier alinéa l'accord était fait; le rapporteur le constate, et si la forme avait changé en route, on était bien persuadé que le fonds était resté le même; personne ne vit qu'il y avait un changement ou une lacune. Il n'y eut aucune observation à ce sujet (séance du 1^{er} février).

Nous sommes donc en présence d'un oubli et d'un oubli fâcheux; à la rigueur, on pourrait le combler en rendant aux mots : corps constitués, leur acception générale; on comprendrait sous le nom de « corps constitués » les cours et tribunaux, comme le faisait l'article 4 de la loi du 26 mai 1819, qui parlait des « cours, tribunaux ou autres corps constitués; » on arriverait ainsi à rendre à l'article 35 sa portée véritable.

Il ne peut être question dans l'article 35, comme dans les articles 30 et 31, que de personnes françaises. A part les souverains et agents diplomatiques, les autorités étrangères ne sont rien pour nous, nous n'avons pas à les protéger comme telles, nous n'avons pas à les surveiller surtout, et ce n'est pas pour elles qu'est établi

ce contrôle de tout le monde, cette surveillance du public qui s'exerce par la révélation, par la publication des fautes des actes répréhensibles commis par les autorités et les hommes publics dans l'exercice de leurs fonctions.

Si le fonctionnaire attaqué est encore en activité, nos articles s'appliquent sans conteste; mais quand le fonctionnaire est rendu à la vie privée, en est-il de même? Peut-on impunément attaquer les actes de sa vie publique antérieure, peut-on faire la preuve du fait diffamatoire qu'on lui impute, lorsque c'est un fait qu'il a accompli autrefois dans l'exercice de ses fonctions?

Cela ne fait doute pour personne, le même intérêt subsiste, il importe à toute époque de faire la lumière sur les actes que des personnes, revêtues d'un caractère public, ont accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Il serait vraiment trop commode de se dérober par une démission aux recherches, à la honte peut-être. Personne ne peut effacer dans son passé cette trace de la vie publique; que la tâche ait été bien ou mal accomplie, elle demeure au dossier de chacun et le public a toujours le droit de venir y chercher la vérité.

Le dédoublement de la vie publique et de la vie privée du fonctionnaire reste toujours. Il survit aux fonctions ou à la qualité, et ce n'est pas seulement au point de vue de la preuve des imputations; c'est encore au point de vue des garanties que la loi lui a une fois données; les peines de l'article 30 seront applicables, et c'est le jury qui devra statuer.

On a dit cependant en sens contraire : Si loi prononce une peine spéciale, c'est pour assurer le respect de l'autorité et de ses représentants. — Les fonctions expirées,

la protection n'a plus de raison d'être; le fonctionnaire a cessé d'exister. Il ne reste plus que le simple particulier, qu'il agisse en vertu de l'article 32; l'article 31 ne protège le député, le fonctionnaire, etc., que tant qu'ils sont en activité et seulement durant leur participation à la vie publique. Mais alors on en arrive à se demander ce que signifie la loi. — N'est-il pas puéril de soutenir que le juré diffamé à raison de son verdict, le témoin, à raison de sa déposition, ne sont protégés par la répression plus forte de l'article 31, que durant le procès?

De même le fonctionnaire, à qui l'on a donné de l'avancement, diffamé à raison de ses anciennes fonctions, ne serait plus dans les termes de l'article 31. Ancien sous-préfet et diffamé, à raison de cette fonction depuis sa nomination à une préfecture, le préfet actuel ne pourrait invoquer l'article 31; — la protection des actes du fonctionnaire ne survit pas à la fonction, et il n'est plus sous-préfet. Pour la *répression* des diffamations qui l'atteignent à raison de sa vie publique de sous-préfet, il ne serait donc plus qu'un simple particulier; il ne pourrait, *au point de vue de l'application de la peine*, invoquer que l'article 32. Mais d'un autre côté tout le monde admet que le diffamateur aurait le droit de faire la preuve. Ainsi la situation du diffamé serait double : simple particulier quant à la peine qui réprime la diffamation à son égard, homme public quant à l'admissibilité de la preuve. Il serait moins protégé que le simple particulier. Ce serait dérisoire.

Enfin, qu'arriverait-il au point de vue de la compétence?

Nous verrons plus tard que les délits contre les particuliers sont déférés au tribunal correctionnel, tandis

que la cour d'assises est chargée de réprimer notamment les diffamations et injures envers les personnes désignées en l'article 31. Le législateur a voulu éviter ainsi l'immixtion des magistrats dans les questions politiques. C'était peine inutile, si l'on admet le système que nous combattons.

L'homme public, qui est encore en fonctions, traduira son diffamateur devant la cour d'assises; mais l'homme public d'hier, le démissionnaire, le député non réélu? S'ils agissent comme simples particuliers, ce sera en vertu de l'article 32; il faudra bien qu'ils s'adressent au tribunal de police correctionnelle.

Et les vues du législateur seront faussées.

Il faut donc décider, malgré les apparences trompeuses du texte, que les peines aggravées de l'article 31 s'appliquent même aux diffamations postérieures à la cessation des fonctions. C'est d'ailleurs ce qu'admet une jurisprudence constante (1).

La même question ne peut se poser pour les corps constitués; ou ils sont perpétuels, comme les administrations, ou bien, au contraire; leur vie publique a une fin, comme cela se présente pour les corps électifs; mais alors toute existence cesse en même temps pour eux.

Pour revenir à l'admissibilité de la preuve du fait diffamatoire, le prévenu pourra donc faire cette preuve; le plaignant y reste exposé toujours, quand il s'agit de faits relatifs à ses fonctions. Mais il ne va pas assister impassible, inactif à cette scène où son honneur est en jeu. Il a le droit de démontrer la fausseté des imputa-

(1) *Crim. Rej.*, 23 mars 1860. *D. P.*, 61, 3, 379. — *Req.*, 3 août 1874. *D. P.*, 74, 1, 494. — En ce sens : Dissertation de M. Parin-gault : *Revue pratique*, 1860, t. II, pages 433 et suiv.

tions, dont le prévenu cherche à établir la vérité. Et il a pour la faire les mêmes facilités que son adversaire; tous moyens de preuve lui sont accordés. C'est ce que dit l'alinéa 3 de l'article 35 : « La preuve contraire est réservée. Si la preuve du fait diffamatoire est rapportée, le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte. »

Le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte, il sera acquitté. Que ses imputations aient ou non causé un préjudice au plaignant, il sera renvoyé sans dépens, ni dommages-intérêts au profit de ce dernier (art. 58); il n'y a pas faute de sa part.

La médisance est considérée, dans notre cas, comme l'exercice d'un droit; elle ne peut donner lieu à l'application de l'article 1382 Code civil. Nous reviendrons sur ce point à propos de l'action civile résultant du délit de diffamation.

L'article 20 de la loi du 26 mai 1819, que reproduit à peu près notre article 35, ajoutait : « Le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte sans préjudice des peines prononcées contre toute injure, qui ne serait pas nécessairement dépendante des mêmes faits. » Cette disposition a été supprimée comme dangereuse et inutile.

On a voulu éviter par là que le juge ne se crût autorisé parfois à disqualifier les faits pour arriver à une condamnation malgré la preuve faite; mais il a été reconnu que l'injure qui serait véritablement indépendante des faits diffamatoires continuerait à être poursuivie et punie comme constituant un délit distinct⁽¹⁾.

Nous avons ainsi fini de traiter un point très-important de la loi du 29 juillet 1881. Cette loi est-elle allée assez

(1) Circulaire ministérielle du 9 novembre 1881.

loin dans la voie de l'admissibilité de la preuve? Nous ne le pensons pas. Sans aller jusqu'à admettre la preuve absolutoire toujours, même dans le cas de diffamation envers les particuliers, comme l'avait proposé M. Ballue, peut-être aurait-on pu faire passer dans la loi l'amendement, présenté par M. Trarieux à la Chambre et par M. Bozérian au Sénat.

M. Trarieux avait proposé d'ajouter à l'énumération de l'article 31 : « un candidat à une fonction élective. » Il devenait impossible assurément, dans ce cas, de séparer le candidat de l'homme privé, de faire la distinction que l'article 31 impose, et d'isoler les actes accomplis en qualité d'homme public; c'était livrer à l'examen la vie privée du candidat tout entière. Mais quel mal y avait-il à cela? que celui qui a des hontes secrètes à cacher reste derrière les lois protectrices de la vie privée et qu'il n'aspire pas à la vie publique.

« Je suis de ceux qui pensent, disait au Sénat M. Bozérian à l'appui de cet amendement qu'il y avait également présenté, que le livre de la vie des hommes qui aspirent à devenir hommes publics, doit être ouvert et lisible pour tout le monde, je pense qu'il n'est pas permis d'en supprimer, ni d'en faire disparaître une seule page; je pense que l'on n'est sûr d'avoir un honnête homme public que lorsqu'on est certain d'avoir affaire à un honnête homme privé » (Séance du 12 juillet). Malheureusement il se contredisait un peu plus loin.

Il y a déjà longtemps; c'était en 1837 que cette théorie avait été soutenue, en Angleterre, devant la Cour du banc de la Reine (1).

(1) Affaire Duncombe contre le *Morning Post*.

Et sous la loi de 1819, des tribunaux, la cour de Chambéry, avaient essayé d'introduire en France une pareille jurisprudence.

Cette proposition adoptée dans toute son étendue, il fallait évidemment effacer quant aux fonctions électives, la restriction de l'article 31, on ouvrait toute grande à la curiosité publique la vie du candidat, on ne pouvait prétendre enlever ensuite à cette curiosité la vie privée de l'élu.

Les particuliers. — La diffamation envers les particuliers est soumise aux principes que nous avons exposés plus haut; la réalité du fait allégué ou imputé, ne justifie pas le diffamateur, la preuve en est interdite.

Cela se conçoit, surtout dans une époque de publicité indiscreète, de reportage effréné, comme la nôtre où la curiosité n'a d'égale que la susceptibilité, l'irritabilité nerveuse de chacun. On a voulu tout au moins enlever à la discussion de la personne, à la critique que l'on peut faire de ses actes, les éléments les plus irritants. La loi pénale permet la révélation des faits indifférents de la vie privée; elle défend la publication de ceux qui entachent l'honneur ou la considération.

On a même été bien loin dans cette voie; car c'est évidemment sous l'influence de ces idées de protection de la vie privée que le tribunal de la Seine a ordonné la suppression du nom de M. Duverdy dans un feuilleton bien connu. Il n'y avait pas eu diffamation, personne ne le prétendit; mais le tribunal crut y voir un délit civil analogue. Derrière la question fort discutable de la propriété du nom, il y avait autre chose, puisque le plaignant n'agissait qu'à cause du caractère spécial du livre, puisque les juges ne se contentaient pas d'une modifica-

tion dans l'orthographe du nom : on voulait empêcher que la honte ne rejaillît du roman sur l'homme honorable dont le nom avait été emprunté; on voulait protéger l'honneur et la considération, ou peut-être simplement la susceptibilité d'une personne⁽¹⁾.

L'article 32 punit la diffamation commise envers les particuliers par l'un des moyens, énoncés dans l'article 23 et dans l'article 28, d'un emprisonnement de cinq jours à six mois et d'une amende de 20 fr. à 2,000 fr., ou de l'une de ces deux peines seulement.

Ce que l'article entend par le mot « les particuliers, » ce n'est pas seulement les individus, les personnes vivantes, c'est encore les sociétés privées, tous ces êtres moraux, qui ne peuvent rentrer dans les termes de l'article 30, être compris sous le nom de corps constitués, d'administrations publiques.

Ces associations, en effet, ces personnes morales, en admettant même qu'il soit impossible de parler de leur honneur, ont tout au moins une considération à défendre, une considération professionnelle qu'il importe d'autant plus de préserver des atteintes de la malice et de la jalousie, que souvent le mal est irréparable. Car pour les personnes morales, la diffamation n'est pas seulement, comme pour les individus, une blessure qui atteint la dignité et laisse intacte la fortune : attaquer la considération d'une société ou d'un commerçant, d'un industriel, c'est encore porter atteinte à leur crédit; c'est quelquefois commencer leur ruine.

Mais autant la société honnête, sérieuse est digne d'intérêt et de protection, autant il importe que certaines

(1) Affaire Duverdy-Zola, Tribunal de la Seine.

entreprises sans fondement, qui n'ont d'autre but que de soutirer l'épargne et d'organiser en grand le dépouillement de leurs dupes, soient démasquées et flétries.

Comment distinguer toutes ces entreprises? Comment reconnaître celles qui sont honnêtes et celles qui ne le sont pas? et ce qui importe plus encore peut-être, comment prévenir le public, l'avertir du danger, l'empêcher de croire à ces réclames éhontées, qui viennent à lui, qui s'adressent aux laborieux, qui flattent leur amour-propre de petits capitalistes et qui les fascinent?

Avant la loi de 1881 sur la presse, c'était impossible. Les dupeurs pouvaient mentir à leur aise, lancer des affaires comme celles des emprunts du Honduras, assurer l'existence de mines de fer considérables dans tel département, comme pour l'Union métallurgique de France. On était même allé, et cela dans la fameuse entreprise du chemin de fer Transcontinental-Memphis-Pacific, qui n'exista jamais, même en projet, que dans l'imagination des malheureux actionnaires, on était allé jusqu'à annoncer que le gouvernement des États-Unis garantissait un dividende.

La presse était en partie achetée ou avait livré sa publicité de bonne foi; et les récalcitrants, ceux qui avaient découvert la supercherie et n'avaient pas vendu leur publicité ou leur silence, ne pouvaient néanmoins rien dire⁽¹⁾. Signaler ces détournements de l'épargne natio-

(1) L'*Éclairneur financier* (M. Sourigues) avait soupçonné la fraude, il avait émis quelques doutes; les autres journaux refusèrent de le seconder. — On essaya de l'acheter; comme il résistait, on lui demanda un million de dommages-intérêts. Il n'échappa à une condamnation que grâce à un répit. Pendant la guerre de 1870-1871, arriva la débâcle de la société et le procès s'éteignit avec elle.

nale, c'était courir à une condamnation certaine, par l'interdiction de la preuve en matière de diffamation.

On mettait hardiment en pratique la maxime : « Les affaires sont l'argent des autres. »

Vous voulez monter une affaire, disait M. de Girardin ; c'est bien simple. Vous faites un trou dans une plaine déserte, vous y jetez un tombereau de charbon, un peu de terre par dessus. — Un an, deux ans se passent, vous revenez ; on sonde le terrain, les autorités constatent la découverte. Vous fondez une société pour exploiter la mine, les capitaux affluent, le tour est joué.

Et cela réussissait toujours, tant La Fontaine a eu raison de dire :

« L'homme est de glace aux vérités,
Il est de feu pour le mensonge. »

Aujourd'hui le tour serait d'une exécution plus difficile, aujourd'hui les publicistes peuvent faire la lumière ; il leur est permis, comme c'est leur devoir de dire tout ce qu'ils savent de ces entreprises, qui font publiquement appel à l'épargne ou au crédit. Ils sont couverts par les alinéas 2 et 3 de l'article 35, ainsi conçus :

« La vérité des imputations diffamatoires et injurieuses pourra être également établie contre les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit. »

« Dans les cas prévus aux deux paragraphes précédents, la preuve contraire est réservée. Si la preuve du fait diffamatoire est rapportée, le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte. »

Cet article consacre donc l'admissibilité de la preuve du fait diffamatoire. Il fait plus encore, il prévoit non-seulement l'imputation d'un fait précis, déterminé, — mais toute imputation diffamatoire et « injurieuse. » En cela la rédaction de l'al. 2 diffère de celle de l'al. 1. Les publicistes seront admis à prouver contre les directeurs et administrateurs le bien fondé, la vérité de leurs allégations injurieuses, — ce qu'ils ne peuvent faire contre les personnes désignées dans les articles 30 et 31; puisque l'alinéa 1 ne leur en donne pas le droit.

Cette preuve de la vérité de l'allégation injurieuse sera toujours difficile pour le prévenu, dangereuse pour le plaignant. Une injure est forcément vague; comment prouver qu'elle est méritée sans revoir peut-être toute une partie de la vie de celui qui se l'est attirée. — Cette disposition ouvre donc la porte à l'arbitraire.

Les juges verront et décideront si, pour la preuve à fournir, les faits proposés sont pertinents et admissibles; — s'ils font partie de ce qu'on pourrait appeler la vie publique industrielle, commerciale ou financière du plaignant.

Mais quelle est-elle, cette vie publique du directeur ou de l'administrateur; où commence-t-elle, où va-t-elle s'arrêter?

Nous avons vu le principe, il est clair; mais les cas dans lesquels il s'applique ne sont pas déterminés, et il est bien difficile d'en parler avec quelque précision. Le texte est muet, il ne dit pas quels sont ces faits, ces sortes d'allégations injurieuses dont on pourra rapporter la preuve à l'encontre des directeurs d'entreprises industrielles, commerciales ou financières.

Le projet ne peut nous éclairer sur ce point; ce cas d'admissibilité de la preuve n'y était pas prévu. M. Sou-
rigues avait soulevé la question à la Chambre; la Com-
mission du Sénat recueillit son idée et la présenta dans
son projet. Voici ce que répondit, au nom de la Com-
mission, M. Laboulaye :

« Maintenant on nous demande sur quel fait on pourra
faire porter l'accusation. Mais sur le fait de la mise en
société elle-même. »

« On pourra dire, par exemple : Le premier versement
n'est pas fait, le premier versement est fictif. On a prêté
un chèque que vous avez rendu le lendemain. En un mot,
nous voulons que la conscience publique puisse se pro-
noncer sur certains spéculateurs qui ont fait un voyage
en Angleterre ou qui ont eu des malheurs à Poissy. Nous
voulons qu'on puisse dire : Votre premier versement n'est
pas fait, votre spéculation ne repose sur rien. »

« Nous demandons qu'on introduise autant que pos-
sible l'honnêteté dans ces entreprises. »

Les personnes, que vise M. Laboulaye, sont les direc-
teurs et administrateurs de la société naissante; la réponse
ne pouvait être douteuse à leur égard. Mais l'article est
général, et il nous semble qu'il ne doit pas être ainsi
restreint. A côté des personnes dont parle M. Laboulaye,
il y en a d'autres, il y a celles qui lancent la société nou-
velle, les banquiers qui s'occupent du placement des
actions. Ce sont bien, comme dit le texte, « des adminis-
trateurs faisant publiquement appel à l'épargne ou au
crédit. »

Et plus tard, quand la société formée voudra émettre
des obligations, ses administrateurs feront encore appel
au crédit.

Dans toutes ces circonstances, il importe assurément que la vérité se fasse sur les agissements de la société, et nous croyons que la généralité des termes de l'article 35 assure une immunité complète aux publicistes qui voudront soulever les masques et montrer les tares de l'entreprise.

Mais laissons les personnes morales pour revenir aux individus. Nous savons que, contre eux la preuve du fait diffamatoire n'est pas admise, le tribunal correctionnel devrait même la repousser d'office, si le plaignant consentait à la voir établir ; car cette inadmissibilité de la preuve est d'ordre public.

Cependant l'article 35, *in fine*, prévoit une hypothèse toute particulière de diffamation envers les particuliers.

« Dans toute autre circonstance et envers toute autre personne non qualifiée, lorsque le fait imputé est l'objet de poursuites commencées à la requête du ministère public, ou d'une plainte de la part du prévenu, il sera, durant l'instruction qui devra avoir lieu, sursis à la poursuite et au jugement du délit de diffamation. »

Ainsi il y a eu imputation d'un fait punissable, la personne, à qui ce fait est imputé, porte une plainte en diffamation ; le parquet et le tribunal, saisis de cette plainte, devront surseoir à la poursuite et au jugement de la diffamation, c'est-à-dire surseoir en tout état de cause, même en appel, si le fait imputé est l'objet de poursuites commencées ou d'une plainte du prévenu.

Nulle part, dans les travaux préparatoires de 1880-1881, n'est donné le motif de cette disposition. Introduite au cours de la discussion, elle est la copie de l'article 25 de la loi du 26 mai 1819.

On ne peut pas dire sérieusement que l'intérêt public veut que le publiciste puisse, dans ses écrits, désigner les

coupables, et que dans ce cas nous sommes revenus à la règle romaine sur la diffamation : « *Eum qui nocentem infamavit non esse bonum et æquum ob eam rem condemnari, peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire* ⁽¹⁾. »

Sans doute il importe que les coupables soient connus, que leurs délits soient signalés au ministère public; mais tout le monde sait que pour arriver à un tel résultat, il n'est pas nécessaire de rendre publique l'imputation du fait délictueux; une simple dénonciation suffit. Si nous nous sommes arrêté un instant à écarter, comme insuffisant, ce fondement de notre disposition, c'est qu'il en résulte une conséquence grave.

Si la diffamation, dans notre hypothèse, n'est pas justifiée, ou plutôt si le sursis à la poursuite ne peut trouver sa raison d'être dans un retour à la théorie romaine, il importe peu que la divulgation diffamatoire ait eu lieu avant ou après le commencement des poursuites. Qu'elle les ait motivées ou non, qu'elle ait attiré l'attention du ministère public et mis en mouvement l'action publique, ou qu'elle soit venue plus tard, alors que les poursuites étaient commencées, notre texte ne fait aucune distinction et il sera toujours applicable. En décider autrement, ce serait aggraver la situation du délinquant et oublier la règle : *Penalia non extendenda*.

Pour que le sursis puisse être obtenu, s'impose au tribunal saisi de la diffamation, il faut qu'il y ait d'un autre côté, sur le même fait, un procès criminel engagé. Un procès civil n'aurait aucune influence, c'est un souvenir de la loi du 26 mai 1819, qui prévoyait, dans son ar-

(1) L. 48, Dig., *De inj. et fam. lib.*

ticle 25, la même hypothèse et qui exigeait d'une façon expresse que le fait imputé fût *punissable*. Le mot n'est plus dans notre article 35, mais la chose est restée.

Il n'y aura sursis que dans deux cas : 1° Si le fait imputé est l'objet de poursuites commencées à la requête du ministère public. 2° S'il est l'objet d'une plainte du prévenu.

Dans le premier cas le procès aboutira forcément, puisque la juridiction répressive est saisie. Il pouvait en être autrement dans le second, le ministère public pouvait ne pas s'occuper de la plainte, le sursis eût duré toujours; le législateur y a mis bon ordre. D'après l'article 35 alinéa 4, l'instruction devra avoir lieu, le ministère public est obligé de la requérir, et pour employer une expression technique, l'affaire ne pourra pas être classée sans suite.

Le sursis est accordé, le fait punissable est poursuivi, l'instruction a lieu, arrive le jugement. Quelle sera son influence sur la répression du délit de diffamation? En admettant même, ce qui n'est pas toujours vrai pour l'acquittement, que la condamnation prouve la réalité du fait imputé et que l'acquittement en prouve la fausseté; qu'en résulte-t-il? Est-ce que la diffamation n'en existe pas moins? Qu'elle s'appelle médisance ou calomnie, la peine est la même.

Le projet de la Commission avait tout au moins le mérite de la clarté; il était ainsi conçu :

« Elle (la vérité du fait diffamatoire pourra être établie) pourra l'être également, à l'égard de toute personne; lorsque le fait est passible, en le supposant prouvé, d'une peine quelconque et que le prévenu aura été lésé par le fait imputé. »

« Dans tous ces cas, si la preuve est rapportée, le prévenu sera renvoyé de la plainte. »

On savait alors que, la vérité du fait allégué une fois établie, le prévenu devait être renvoyé de la plainte.

La disposition actuelle doit son existence à un amendement qui a eu précisément pour but de repousser cette admission de la preuve.

« Eh bien, je considère, disait M. Bardoux, l'auteur de l'amendement, que si la Chambre venait à admettre la disposition de la Commission, elle jetterait une grande perturbation, non-seulement dans les principes du droit, ce qui pourrait lui être indifférent, mais dans le repos des familles, et sans bénéfice quelconque pour la liberté de la presse. N'est-il pas vrai que cette double condition (fait punissable et lésion du diffamateur) se réalisera, quand le diffamateur le voudra? Et n'est-ce pas d'une façon indirecte faire la brèche la plus profonde dans le célèbre mur de la vie privée que Royer-Collard avait proclamé indestructible dans les débats de la loi même de 1819? »

La Chambre, en adoptant cette motion, avait donc écarté l'admission de la preuve; mais à la seconde lecture, à propos de légères modifications de rédaction opérées par la Commission et adoptées d'avance par M. Bardoux, le rapporteur vient dire à la Chambre : « Nous élargissons ainsi l'admissibilité de la preuve du fait diffamatoire, quand le fait allégué est un crime ou un délit. Telle est la portée de la modification que nous avons introduite à la rédaction de l'article 35 que vous avez adoptée en première lecture. »

Et l'article ainsi corrigé est voté en seconde lecture (Séance du 14 février). C'est le texte définitif.

Ainsi, la vérité du fait diffamatoire établie par décision

judiciaire, le prévenu de diffamation ne doit pas être renvoyé de la plainte; c'est ce que consacre le premier vote. Cependant, pour le cas où le sursis est accordé, la preuve est admise; c'est le résultat du second vote.

Et le texte reste le même au fond, avec ses alinéas disposés dans un ordre tel que, jamais on ne pourrait croire que l'alinéa, qui parle de l'acquittement du prévenu, s'applique dans notre hypothèse.

Tout ce qu'on peut dire, en présence de toutes ces contradictions, c'est que les juges tiendront compte, en fait du résultat de l'affaire qui a tenu en suspens le procès de diffamation, qu'ils seront moins sévères après une condamnation du plaignant. L'article 35, *in fine*, ne nous permet pas d'aller plus loin et d'affirmer d'une façon absolue que l'acquittement devra être prononcé; il dit qu'il sera *sursis* à la poursuite et au jugement du délit de diffamation et rien de plus. C'est un répit accordé au prévenu.

Nous avons trouvé dans la disposition que nous venons d'analyser, non pas une admission certainé, mais une tendance du législateur à admettre la preuve absolutoire du fait allégué, et cela contre les particuliers; le texte ne permet plus d'hésiter, comme celui de 1819, il est formel : les premiers alinéas prévoyaient la diffamation envers des personnes publiques, et il parle de « toute autre personne non qualifiée. »

Les débats parlementaires nous montrent que la question de l'admission de la preuve ne fut pas restreinte à cette hypothèse; elle fut exposée d'une façon plus générale et discutée longuement à la Chambre et au Sénat.

M. Ballue avait proposé un amendement ainsi conçu : « La vérité du fait diffamatoire pourra toujours être éta-

blie. Si la preuve est rapportée, le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte. »

Voici le passage saillant de son discours : « Quelle est, disait-il, la situation que vous faites au simple citoyen, pur de toute tache, à celui-là qui a été victime d'une diffamation, c'est-à-dire contre lequel on a porté une accusation reposant sur un fait faux et qui ne peut pas établir la fausseté de cette imputation. Je pourrais vous citer de nombreux exemples. En voici un. Un simple citoyen, qui n'était investi d'aucun mandat ni d'aucune fonction, avait été accusé par un journal d'avoir commis un vol ; la diffamation était bien caractérisée. Ce citoyen saisit les tribunaux, et le journaliste est condamné. Mais, en sortant du tribunal, ce journaliste disait, et il avait le droit de le dire au point de vue de la législation actuelle : « Je suis condamné parce que la loi m'interdit de pénétrer dans la vie privée de ce citoyen, mais cette condamnation ne prouve nullement que mon imputation est fausse, et je maintiens que c'est un voleur. »

« Voilà la situation que vous faites à l'honnête homme, il lui est impossible de prouver qu'il a été calomnié. »

« Si je mets en regard de ces inconvénients si graves, si considérables, des inconvénients que je ne méconnaissais pas, résultant des dispositions de la rédaction nouvelle que je vous sou mets, — c'est-à-dire l'impossibilité où celui qui a réellement commis une action condamnable sera nécessairement d'exiger de son adversaire la preuve, parce qu'il sait que cette preuve se tournerait contre lui, — entre ces deux intérêts : sauvegarder la situation d'un homme qui a failli une fois dans sa vie, ou de l'homme qui n'a jamais été coupable ; entre ces deux intérêts, puis-

qu'il faut choisir, il me paraît naturel de sauvegarder l'intérêt de l'honnête homme d'abord. »

M. Lelièvre, membre de la Commission, répondit et fit rejeter l'amendement par les arguments suivants : « Quand le fait n'est pas vrai, on a un moyen de prouver sa fausseté, c'est d'actionner au civil. Mais quand le fait est vrai, je dis qu'il est contraire à l'ordre public de permettre que le premier citoyen venu puisse réveiller une condamnation et ajouter, en la rappelant, une peine que le tribunal n'a point prononcée. Il n'y aurait alors ni sécurité, ni justice, il n'y aurait plus proportionnalité entre le châtement et la faute. Un homme, une fois frappé, serait dans l'impossibilité de revenir à des sentiments meilleurs, il n'aurait plus intérêt à se réhabiliter par une conduite meilleure, s'il était exposé à s'entendre reprocher sans cesse la faute qu'il aurait commise. »

Un amendement semblable de M. Bozérien eut le même sort au Sénat.

Admissibilité de la preuve des faits diffamatoires devant le tribunal civil. — Mais est-il vrai, comme l'affirmait M. Lelièvre, que la preuve des faits diffamatoires soit admise devant le tribunal civil? Il nous semble bizarre que ce soit « incontestable, » comme il le disait. La question est au moins controversée, puisque toute la jurisprudence paraît fixée dans une opinion contraire à la sienne.

Dans le sens de la jurisprudence on dit : En matière de diffamation contre les particuliers, l'interdiction de la preuve est d'ordre public; il serait étrange que cela changeât, que l'ordre public pût varier selon les juridictions. Comment? devant le tribunal correctionnel, la loi défend au prévenu d'établir la vérité de ses allégations, alors

même que le plaignant voudrait l'y autoriser, et le même prévenu, défendeur devant le tribunal civil, pourrait apporter la preuve des mêmes faits contre cette personne lésée qui repousse peut-être une telle prétention !

Ce serait le cas de dire avec Pascal : « Vérité en deçà, erreur au delà ! »

Mais il faut écarter les hypothèses dans lesquelles la question ne peut se présenter.

D'abord nous n'avons pas à nous occuper des personnes publiques à l'égard desquelles le tribunal civil ne peut être compétent, quand il y a délit, qu'en cas d'amnistie ou de décès du diffamateur ; contre elles d'ailleurs la preuve des faits diffamatoires est toujours permise.

Ensuite il y a même des particuliers contre lesquels la preuve des faits imputés est admise, nous venons de le voir. Ce sont les directeurs ou administrateurs de sociétés commerciales, industrielles ou financières faisant appel à l'épargne ou au crédit public.

Donc pas de délit, si le publiciste n'a dit que la vérité contre eux et s'il le prouve. Pas de faute non plus ; divulguer leurs agissements est l'exercice d'un droit ; c'est même accomplir un devoir. Par suite, pas d'action qui puisse se fonder sur l'article 1382 Code civil.

Restent les autres particuliers.

L'interdiction de la preuve est certainement d'ordre public en matière de *délit* de diffamation contre les particuliers. Quand la poursuite conduira le prévenu devant la juridiction répressive, pas de doute. Mais voici ce qui peut se présenter. Une personne est diffamée, calomniée, il y a bien un délit ; mais comme cette personne est calomniée, elle tient à ce que celui qui l'a diffamée ait la possibilité de faire la preuve et succombe en raison

de son impuissance; c'est la seule façon de montrer que sa réputation est inattaquable et d'obtenir une réparation complète.

Le diffamé va donc assigner le diffamateur à comparaître devant le tribunal civil et demander la réparation du préjudice causé. Il se fondera sur l'article 1382 C. civ., et il aura bien soin d'écarter de la demande tout ce qui pourrait révéler l'existence du délit de diffamation. — Dans ces circonstances, la preuve des faits diffamatoires sera-t-elle admise, au moins comme élément d'appréciation du dommage causé? Voilà bien l'hypothèse à laquelle répondait M. Lelièvre.

Eh bien! la solution ne dépend que d'un point, celui de savoir si le tribunal civil a le droit d'apprécier et de qualifier, autrement qu'ils le sont dans la demande, les faits qui se présentent devant lui, s'il a le pouvoir de constater l'existence d'un délit, pour en déduire des conséquences autres que l'application de la peine.

S'il n'a pas ce droit, comment pourrait-il interdire la preuve, appliquer des règles qui ne sont faites que pour l'action civile du *délit*? Pour lui, il n'y a pas de délit, puisqu'aucune juridiction répressive n'a déclaré le diffamateur coupable et que lui, tribunal civil, ne peut le faire, sans statuer *ultra petita*. La demande ne vise que l'article 1382 C. civ. Le prévenu, défendeur, dans le cas où il y aurait intérêt, ne pourrait invoquer sa situation de délinquant, sans se voir opposer la règle : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Et s'il n'y a pas de délit, comment arguer des règles d'ordre public, soit, mais qui ne sont écrites que pour les délits?

Il faut donc s'en tenir à la demande, à l'article 1382

C. civ., admettre la preuve (et aussi la durée de l'action pendant 30 ans).

Si, au contraire, le tribunal civil a le droit d'apprécier les faits qui lui sont soumis; comme l'ordre public y est intéressé, il devra le faire. Pour empêcher que des règles d'ordre public (sur l'inadmissibilité de la preuve ou sur la prescription) ne soient violées, il devra, après avoir examiné les faits, suppléer les éléments omis dans la demande, constater d'office qu'il y a délit; cela bien que les éléments du délit ne soient pas mentionnés dans la demande et sans qu'on puisse lui opposer la règle qu'il ne doit pas statuer *ultra petita*.

Et de cette appréciation des faits, de ce qu'il y a au fond un délit de diffamation, il conclura naturellement à l'inadmissibilité de la preuve (au rejet de la demande, s'il y a prescription de trois mois). — Le subterfuge du demandeur sera inutile.

Quelle solution admettre? la seconde évidemment, quoi qu'en ait dit M. Lelièvre; car tout le monde accorde aux tribunaux civils le droit d'apprécier, au point de vue de la loi pénale, les faits qui leur sont soumis, pour en tirer des conséquences quant aux intérêts civils.

Et sans aller plus loin, sans sortir de la loi que nous étudions, nous trouvons la preuve du bien-fondé de cette doctrine dans l'article 46, qui décide que l'action civile, résultant des *délits de diffamation* prévus par les articles 30 et 31, ne pourra, sauf dans le cas de décès de l'auteur du fait incriminé ou d'amnistie, être poursuivie séparément de l'action publique. — Autrement dit, cet article ordonne que les tribunaux civils se déclarent incompétents, quand une demande les saisira de ces actions civiles des *délits* prévus aux articles

30 et 31. Et comment pourraient-ils le faire, s'ils n'avaient pas le droit d'apprécier les faits visés dans la demande, de les qualifier, de dire que ce sont des délits prévus par les articles 30 et 31?

La preuve des faits diffamatoires n'est donc pas plus admise devant le tribunal civil que devant le tribunal correctionnel, quelle que soit la qualification donnée aux faits visés dans la demande, quand ces faits constituent le délit de diffamation envers les particuliers.

Pour que l'article 1382 s'applique tout seul, il faut supposer qu'il n'y a pas de délit pénal, par exemple, que l'intention de nuire faisait défaut. Alors il ne peut plus être question de l'inadmissibilité de la preuve, puisqu'il n'y a plus de délit. La théorie ne s'appliquera pas tous les jours; mais enfin il suffit de supposer une poursuite pour diffamation, suivie d'un acquittement en police correctionnelle, cela se voit. Il n'y avait pas tous les éléments du délit pénal, peut-être y a-t-il un délit civil ou un quasi-délit. C'est tout ce qu'il nous faut.

La loi pénale ne peut plus s'appliquer. Est-ce une raison pour admettre que le médisant n'est pas en faute, par cela seul qu'il a divulgué une vérité?

Nous ne le pensons pas, et les principes généraux du droit nous suffisent pour répondre. C'est un principe incontesté qu'on ne doit pas nuire à autrui et que tout acte qui, sans être l'exercice d'un droit, nuit à autrui, est un acte illicite. — *Neminem ledere*, on ne doit léser personne; c'est une vérité juridique aussi vieille que le monde.

Or, on peut léser quelqu'un tout aussi bien en publiant des médisances qu'en faisant courir des calomnies. Dans les deux cas, la responsabilité a le même fondement.

Mais de quoi est-on responsable? Du préjudice causé et rien de plus, puis nous avons écarté l'intention coupable, élément essentiel du délit pénal de diffamation.

Ici nous entrons fatalement dans l'appréciation des faits et, sans poser en principe que la preuve de la vérité des faits imputés va faire disparaître toute responsabilité du publiciste, nous pouvons dire qu'elle sera pour le juge un élément d'appréciation très-important.

Il faut donc que le juge laisse aux parties toute liberté dans leurs moyens d'établir qu'il n'y a pas de préjudice causé, il faut qu'il permette au demandeur de prouver la fausseté des allégations ou imputations, parce qu'il en résultera que la considération du demandeur était vierge, intacte, et que le préjudice en est d'autant plus considérable.

Mais par contre-coup comment refuser au défendeur la preuve contraire? Comment lui refuser le droit de montrer que les faits imputés étaient notoires, qu'un jugement les avait consacrés, par exemple, que ce n'était pas léser sérieusement le demandeur que les répéter par mégarde à un public qui en parlait tous les jours?

Le juge laissera donc toute latitude aux parties et il tiendra compte de tous les éléments que lui apportera la discussion. Mais cela s'impose, et à tel point que même dans le jugement de l'action civile du délit de diffamation, alors que la preuve est interdite d'une façon absolue, le juge se laissera toujours influencer par les révélations qui paraissent échapper à la défense.

Il faut bien, pour dire ensuite qu'il y a eu préjudice, que le juge apprécie, qu'il examine dans quelle mesure il était possible de porter un préjudice à l'honneur ou à la considération du demandeur.

C'est la seule hypothèse dans laquelle il n'y ait pas inadmissibilité de la preuve, et c'est la seule façon dont on puisse dire que, devant le tribunal civil, pour l'application de l'article 1382, la preuve des faits diffamatoires est admise.

Diffamation et injure contre la mémoire des morts.

— Un délit contre les particuliers ne se conçoit qu'autant qu'il y a une victime; on peut frapper un mort, quoi qu'on fasse, il n'y aura jamais meurtre, ni coups et blessures; on ne tue que les personnes vivantes. Ce qui paraît une vérité de M. de La Palice dans le cas de meurtre, de coups et blessures, a fait doute longtemps dans le cas où l'infraction est une attaque, non plus à la vie, mais à l'honneur et à la considération des personnes.

La loi de 1819 était muette; mais de nombreux arrêts avaient admis l'existence du délit de diffamation contre les morts : « Attendu, disait l'un d'eux, que le mot *personne* comprend *les vivants et les morts, la loi ne distinguant pas* (1). »

Nous ne revenons pas sur ces théories; elles avaient coûté bien des veilles sans doute à ceux qui les avaient construites. Il nous serait impossible de les justifier et ce serait d'ailleurs chose oiseuse de les remettre à jour. Elles ont fait leur temps, la loi de 1881 les efface, elles rentrent dans le domaine de l'histoire.

Elles se comprenaient d'autant moins que la diffamation est un délit éminemment personnel. Aussi l'éloquente appréciation que M. Pelletan faisait de notre article 34, en le proposant au Sénat, est-elle leur condamnation irréfutable. C'est leur oraison funèbre.

(1) Civ. Cass., 24 mai 1860. — D. P. 1, 201, affaire Dupanloup.

« La loi, disait-il, exige pour un procès en diffamation la volonté formelle du diffamé. Lui seul de son vivant a le droit de l'intenter, et la loi supposerait qu'à sa mort, il a repassé son droit tout personnel, à un homme encore à naître, et qu'il revit, bon gré mal gré, dans la personne de cet héritier, et qu'il veut, par la volonté de cet héritier, afin de tirer vengeance, à un siècle de distance, d'une diffamation qu'il a connue peut-être pendant sa vie et qu'il a dédaignée! »

« Et si par hasard un héritier veut poursuivre, et qu'un autre héritier au même degré fasse opposition à la poursuite parce qu'elle peut plutôt nuire que servir à la mémoire du défunt, auquel des deux le tribunal donnera-t-il raison? »

« On dédouble ainsi la personnalité humaine; on fait de deux personnes, une seule et même personne, à la fois morte et vivante : morte pour ressentir une injure posthume, et vivante pour la venger; et on ne voit pas qu'on pourra souvent compromettre ce qu'on cherche à réhabiliter. »

« Un homme a passé sur la scène du monde; il y a joué bien ou mal son rôle, et après une vie agitée, il a enfin conquis ce premier repos du cercueil et cet autre repos non moins précieux quelquefois de l'oubli, et il pourra dépendre d'un arrière-cousin de le tirer de son tombeau et de traîner son spectre à l'audience d'un tribunal, uniquement pour fournir une occasion à un demandeur et à un défendeur de fouiller au fond d'une fosse et de remuer de la poussière. »

« Nous comprenons sans doute la solidarité de famille, et nous voudrions la resserrer plutôt que la relâcher. L'homme ne commence pas au berceau et ne finit pas

au tombeau; il vit encore dans le passé et dans l'avenir par la paternité et la descendance. La famille constitue ainsi, d'une génération à l'autre, une association à la fois renouvelée et perpétuée par le principe d'hérédité; mais il n'y a pas que le patrimoine qui fasse partie de l'héritage, il y a aussi le nom et chaque fois qu'on porte atteinte à son honneur, tout membre de la famille a le droit de le défendre. »

« Mais au-dessus du droit de la famille privée, il y a le droit de la famille universelle que représente l'histoire. L'histoire ne serait qu'une lanterne magique, si elle n'était en même temps une leçon. Quelle leçon pourrait-elle nous donner, si la loi de la diffamation vient étendre son voile sur les morts pour les cacher à la postérité? On veut qu'une pierre scellée sur leur tombe couvre leur vie antérieure aussi bien que leur dépouille; mais une pareille prétention ne serait rien moins que la suppression de l'histoire : et qu'aurait donc à faire la postérité et pourquoi en appellerait-on à son jugement si elle n'avait le droit de venger la victime et de flétrir le bourreau? »

« Et à quel titre d'ailleurs, et en vertu de quelle compétence un tribunal de police correctionnelle viendra-t-il citer l'histoire à sa barre et lui faire sa part? La connaît-il aussi bien que l'historien soumis à sa juridiction? et à supposer qu'il la connaisse; ne le juge-t-il pas, lui aussi, à son point de vue? et son point de vue ne sera-t-il pas souvent un esprit de parti? »

« Votre Commission n'a pas voulu qu'on mît l'histoire au greffe, comme on le disait autrefois de la couronne; elle n'admet le délit de diffamation des morts, qu'autant qu'elle passe par-dessus leur tombe pour aller frapper

des vivants. La loi n'a plus alors devant elle des ombres de personnes, elle a des personnes réelles qui ont pu subir un dommage et qui ont droit à une réparation. »

Tel est le sens de l'article 34, ainsi conçu :

« Les articles 29, 31 et 32, ne seront applicables aux diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts, que dans les cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants. »

« Ceux-ci pourront toujours user du droit de réponse, prévu par l'article 13. »

Le texte n'est pas conforme à celui qui a été publié par le *Journal officiel*. Le texte officiel présente un non-sens ; il est ainsi conçu : « Article 34. — Les articles 29, 30 et 31 ne seront applicables. » C'est un texte tronqué, nous allons le montrer, nous avons pris sur nous de le rectifier ; il faut lire : « Article 34. — Les articles 29, 31 et 32... » En effet, l'article 30 concerne les corps constitués ; or, ces personnes morales peuvent se diviser en deux classes : les unes, comme les tribunaux, les administrations, ne peuvent mourir ; les autres, ce sont les corps électifs, intégralement renouvelables, elles disparaissent sans laisser d'héritiers, du moins au point de vue qui nous occupe. Ainsi, qu'on diffame ou qu'on injure une Chambre dissoute, qui pourra porter plainte ? personne. La Chambre nouvelle n'est aucunement responsable, aux yeux du public, des actes de celle qui la précède ; elles n'ont rien de commun, rien qui fasse rejaillir la diffamation de celle qui s'en va sur celle qui arrive. Il ne peut donc être question d'appliquer aux corps désignés en l'article 30, les règles de la diffamation ou de l'injure envers la mémoire des morts. Mais ce n'est pas tout, non-seulement

les Chambres ne devaient pas voter une telle disposition; mais elles ne l'ont pas fait. La rédaction de la Commission du Sénat, qui est devenue l'article 34, portait : « Les articles 28, 29 et 31 ne seront applicables... » Et ces articles 28, 29 et 31 du projet de la Commission du Sénat sont devenus : l'article 28 du Sénat, l'article 29 de la loi; l'article 29 du Sénat, l'article 32 de la loi; l'article 31 du Sénat a conservé ce numérotage dans la loi (1).

En somme, à quoi aboutit l'article 34? A repousser la diffamation envers les morts; car que dit-il? Que les textes qui punissent la diffamation et l'injure ne sont applicables que dans le cas où les auteurs de ces allégations auraient eu l'intention de diffamer ou d'injurier les héritiers vivants. Mais il n'y avait pas besoin d'un texte pour assurer la répression dans ce cas; ce n'est pas un droit nouveau pour l'héritier que consacre l'article, c'est simplement le droit commun qui s'applique; l'action, qui sera exercée dans ce cas, n'est que l'action donnée à l'héritier personnellement diffamé (2). L'article n'a sa raison d'être que parce qu'il rejette la jurisprudence antérieure; de là sa forme restrictive. « Les articles 29, 31 et 32 *ne* seront applicables... *que*..., etc. »

L'article 34 accorde cependant, par une disposition nouvelle, aux héritiers qui ne sont pas personnellement diffamés, une faculté qui sauvegarde leurs intérêts, tout

(1) C'est la rectification donnée par MM. Faivre et Benoit-Lévy, *Code manuel de la Presse*, p. 165. Un commentateur avait proposé de remplacer encore l'article 29 par l'article 33, dans cette énumération. Mais le changement, sans aucune importance pratique, n'est justifié en rien par les travaux préparatoires; nous y avons donc renoncé. Voir Dalloz, 1881, IV, p. 79.

(2) Circulaire ministérielle du 9 novembre 1881.

en respectant les franchises de l'écrivain. Nous voulons parler du droit de réponse réglé par l'article 13. Les héritiers pourront user de ce droit pour repousser les imputations dirigées contre la mémoire de leurs auteurs et ils pourront en user « toujours, » c'est-à-dire, alors même qu'ils n'auraient été personnellement nommés, ni désignés. Mais cette innovation ne peut nous intéresser, puisque le droit de réponse n'existe que quand il s'agit de journaux ou d'écrits périodiques.

L'article 34, comme nous venons de le dire, n'est qu'une application du droit commun à un cas spécial; il n'admet la diffamation qu'envers les personnes vivantes. Pour qu'il y ait diffamation il faut qu'il y ait imputation d'un fait de la personne diffamée et alors il est facile de déterminer en principe et *a priori* quels sont les héritiers qui pourront porter plainte. Ce sont ceux de qui le fait personnel est impliqué dans l'allégation portée contre le défunt; ce sont ceux-là seulement sur lesquels rejaillit l'atteinte à l'honneur ou à la considération.

L'article 34 ne le dit pas d'une façon expresse et cela s'explique. Cet article prévoit à la fois deux délits différents : la diffamation qui ne se conçoit pas sans l'allégation d'un fait, l'injure qui exclut cette condition. L'article devait forcément être conçu en termes généraux.

Avec la disposition nouvelle, les droits de l'histoire sont assurés. Ils le seraient peut-être même un peu trop et grandiraient jusqu'à la licence, s'il n'y avait ailleurs un tempérament à la règle que les diffamations et injures, dirigées contre la mémoire des morts ne constituent pas par elles-mêmes des délits. « *Primam historiæ legem*, dit Cicéron, *ne quid falsi dicere audeat; deinde ne quid*

veri non audeat ⁽¹⁾. » Toute la vérité et rien que la vérité. L'article 34 va bien plus loin, il arrive à ce résultat excessif. L'historien, le chroniqueur peuvent dire tout ce qu'il leur plaît sur le compte du défunt, pourvu qu'ils ne manifestent pas, qu'ils ne laissent pas voir l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de ses héritiers vivants.

Tant mieux, diront bien des gens, la liberté de l'historien ne peut jamais être excessive; d'ailleurs la lumière se fera toujours et d'autant plus vite que les recherches seront moins entravées et par suite plus actives. On ne saurait trop assurer les immunités de l'histoire.

Considération importante sans doute; mais à combien de personnes s'applique-t-elle? Tous ceux qui s'en vont ne lèguent pas leur vie à l'histoire, et les lois ne sont pas faites que pour les grands hommes. La loi s'adresse à tous, elle doit veiller au respect des droits de tous. Or, notre article livre à la malignité publique la mémoire des morts et, nous venons de le montrer, sans que, dans l'immense majorité des hypothèses, l'histoire proprement dite ait rien à y voir. L'article est donc critiquable.

Mais, comme le faisait remarquer M. Lisbonne, au nom de la Commission, il y a un correctif. « En se bornant à refuser le caractère de délit aux diffamations et injures envers les morts, dans le cas où le diffamateur n'a pas eu l'intention d'attaquer les héritiers vivants, la disposition nouvelle laisse dans le droit commun, l'action civile de la part de ces derniers en dommages-intérêts. Ce n'est en effet que la répression pénale que dénie le

(1) Cic., *De oratore*, 2, 15.

texte nouveau, ce n'est pas la réparation qui prend sa source dans la simple faute et le préjudice causé, abstraction faite de toute intention criminelle. »

SECTION IV.

De l'injure.

« Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure, » dit l'article 29, alinéa 2; c'est la reproduction textuelle de l'article 13 de la loi du 17 mai 1819.

Déjà, en 1819, dans son rapport à la Chambre des pairs, M. de Broglie avait fait la critique de cette définition.

« On nous dit, écrivait-il, que l'injure est un terme de mépris ou une invective : si on avait appelé le délit invective, on nous eût dit que l'invective était une injure. L'injure est ce qu'elle est. Les mêmes paroles ne sont point injurieuses à tous les degrés de l'échelle sociale. C'est au plaignant à établir ce qui est injure à son égard, au tribunal à le reconnaître et à le prononcer. »

L'injure, selon qu'elle est publique ou non, constitue un délit ou une contravention.

Comme nous ne nous occupons que des infractions commises par la voie du livre, c'est-à-dire par l'un des moyens de publicité énumérés en l'article 23, il nous faut nécessairement laisser de côté l'injure non publique; elle ne rentre pas dans le cadre de notre étude.

Occupons-nous donc de l'injure publique, et d'abord quels sont les éléments constitutifs du délit ?

En dehors de la publicité que nous supposons toujours, il faut :

1° L'objet matériel du délit, c'est-à-dire l'expression outrageante, l'invective ou le terme de mépris;

2° L'intention de nuire;

3° La victime; un individu ou une personne morale.

Autrefois, d'après les articles 19, § 2 et 20 de la loi du 17 mai 1819, l'injure était grave et punie de peines correctionnelles, non-seulement quand elle était publique, mais encore quand elle renfermait l'imputation d'un vice déterminé.

Dans certains cas, l'injure différait donc peu de la diffamation, au point de vue de son objet; elle ne mettait pas en relief un fait précis, injurieux, elle attaquait l'honneur et la considération d'une façon plus vague, mais aussi plus violente et plus large, puisqu'elle n'allait pas sans l'imputation d'un vice et qu'on ne peut guère comprendre un vice sans la série des faits qui l'ont révélé, qui en ont été la manifestation.

Le législateur de 1819 avait pensé que cette condition importante, l'existence de l'allégation d'un vice déterminé, devait entraîner des peines aussi graves que la condition de publicité. Le législateur de 1881 n'a pas été du même avis et, dans un but de simplification sans doute, il a effacé toutes ces distinctions.

Occupons-nous donc de ce qui est resté. Et d'abord de l'objet matériel du délit.

Il serait impossible d'exprimer d'une manière nette et précise ce que l'on entend par ces mots : expression outrageante, terme de mépris, invective. Voici ce qu'en dit Grellet-Dumazeau : « L'expression outrageante s'entend ordinairement de celle qui blesse plus la personne à ses

propres yeux qu'aux yeux d'autrui, à la différence du terme de mépris qui témoigne particulièrement dans celui qui l'articule un sentiment personnel de mésestime et de dédain (1). »

Nous n'allons pas donner ici les différentes formes qu'affecte l'injure; les expressions varient à l'infini selon les circonstances, selon les pays, les mœurs, les époques. Appeler un Grec tête d'ognon, bœuf de Locres, homme de trois oboles, homme d'un cheveu, c'était l'outrager de la manière la plus grave. Un Romain n'aurait pas souffert qu'on le qualifiât d'homme de trois lettres ou d'un demi-as, d'acheteur de pois ou de nez de rhinocéros. Toutes expressions dont nous connaissons à peine la portée et qui n'entraîneraient nullement chez nous l'idée d'injure. Et, sans remonter si haut, qui penserait à s'offusquer de cette qualification de *bonhomme*, qui, au xvii^e siècle encore, était une injure sanglante pour un mari (2)?

L'invective est, en général, un discours outrageant ou méprisant, quelquefois l'un et l'autre, comme dans cette phrase : Ce va-nu-pieds s'est fait le valet du pouvoir.

La définition que la loi donne de l'injure manque de netteté; mais il ne pouvait en être autrement, et la formule même employée par la loi, ces mots : « qui ne renferme l'imputation d'aucun fait déterminé, » montrent assez que le législateur, en 1881, comme en 1819, n'a voulu faire qu'une chose : distinguer l'injure de la diffamation.

Pour l'injure, l'article 29, alinéa 2, ne parle plus, comme dans le 1^{er} alinéa, d'une atteinte portée à l'hon-

(1) Grellet-Dumazeau, *Diffamation*, I, p. 178.

(2) *Quæ verba communiter intelliguntur quod est cornutus*, Julius Clarus, *Sentent.*, lib. V, § *Injure*, n° 1.

neur ou à la considération; c'est que les expressions qui servent à définir l'injure comprennent le plus souvent cette atteinte. Il y a même plus; il n'est pas toujours nécessaire, pour que le délit existe, que l'honneur ou la considération soit lésée. Ainsi, l'injure, l'expression outrageante, le terme de mépris, peuvent être des mots grossiers qui portent atteinte plutôt à la délicatesse qu'à l'honneur et à la considération. Et alors on pourrait dire que tout se résume en une question d'éducation des personnes en cause. Les juges apprécieront en fait. Aucune définition sérieuse, aucune limite légale bien certaine, rien qui gêne la poursuite, la loi leur laisse toute latitude et s'en remet à leur prudence.

Encore une question très-délicate à trancher que celle de l'existence de l'intention de nuire, surtout dans ces hypothèses où la délicatesse seule est lésée. Sur la question de droit, sur la question de savoir s'il faut, pour que le délit existe, que le prévenu ait eu une intention coupable, pas de doute. C'est la règle générale pour les crimes et délits, et nous avons vu que l'article 34 confirmait la règle dans le seul cas où la jurisprudence ait hésité. Il faut donc que le prévenu ait agi *méchamment*, comme dit la loi belge; *injuria ex affectu facientis consistit*.

Aussi, bien souvent, soit parce que l'intention coupable fait défaut, soit parce que le milieu social exige une plus grande tolérance, des mots grossiers seront considérés comme inoffensifs et des injures ne tomberont pas sous le coup de la loi pénale; entre gens habitués à les entendre, c'est comme les coups de bâtons de Sganarelle entre gens qui s'aiment. Et de même de la plaisanterie, quand elle n'est pas un masque à la méchanceté.

Enfin, on n'injurie pas une personne idéale, imaginaire; comme en matière de diffamation, il faut qu'il y ait un patient, une personne existante à qui l'injure s'adresse. Nous n'avons, d'ailleurs, qu'à renvoyer à ce que nous avons dit à propos de la diffamation.

Le législateur n'exige aucune capacité chez celui qui est injurié, il n'exige pas qu'il soit, comme l'insulteur, responsable selon la loi pénale. Qu'il ressente l'injure plus ou moins vivement, qu'il en soit touché ou non, peu importe, la loi n'entre pas dans ces questions de tempérament. Un fou, un enfant peuvent être injuriés, alors qu'ils ne sont nullement capables de commettre le délit, parce qu'ils sont irresponsables, parce qu'il leur manque, non-seulement l'intention coupable, mais encore la volonté.

Mais l'insulteur, admettons-le, sait ce qu'il fait et il a l'intention de nuire. Est-ce à dire que le délit qu'il va commettre sera toujours le même et puni de la même peine?

Nous ne parlons évidemment pas des circonstances de fait, qui, disposant les juges à l'indulgence ou à la sévérité, feront varier l'application de la peine dans les limites du minimum au maximum; nous ne nous occupons que de la qualification légale. Eh bien! il en est encore ici comme dans le cas de diffamation, le délit change d'après la qualité de la victime. Ce n'est pas là une nouveauté dans le droit pénal; les Romains avaient déjà consacré cette idée dans la distinction qu'ils faisaient des injures. « *Personâ atrocior fit injuria, ut cum magistratui fiat* ⁽¹⁾. »

(1) L. 71, § 8, Dig., *De inj. et fam. lib.*

La loi de 1819, article 19, fit deux catégories : les injures envers les particuliers et les injures envers les personnes publiques. Nous ne citons que pour la critique la loi du 25 mars 1822, qui modifia cet article. Loi de circonstance, où la politique se faisait trop sentir au détriment de la liberté, la répression plus énergique des délits d'injures envers les cours, tribunaux, etc., la création du délit d'outrage envers les personnes revêtues d'un caractère public, montrent assez les tendances du Gouvernement d'alors.

La loi de 1881 est revenue aux traditions; effaçant le délit d'outrage, elle n'a gardé que les distinctions de la loi de 1819. Notre article 33 est ainsi conçu :

Article 33. — « L'injure commise par les mêmes moyens envers les corps ou les personnes désignés par les articles 30 et 31 de la présente loi, sera punie d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de 18 fr. à 500 francs ou de l'une de ces deux peines seulement. »

« L'injure commise de la même manière envers les particuliers, lorsqu'elle n'aura pas été précédée de la provocation, sera punie d'un emprisonnement de cinq jours à deux mois et d'une amende de 16 francs à 300 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement. »

« Si l'injure n'est pas publique, elle ne sera punie que de la peine prévue par l'article 471 du Code pénal. »

Quand y aura-t-il une injure qui tombe sous le coup de l'alinéa 1?

Vous rencontrez un individu dans la rue, vous l'insultez, ou encore une polémique s'engage sur un livre nouveau, peu à peu, elle s'échauffe, elle s'envenime, on en vient aux allusions méchantes, à des expressions trop vives, à l'injure. Puis un beau jour vous apprenez que votre ad-

versaire est un magistrat, qu'il veut porter plainte, est-ce que l'alinéa 1 est applicable?

A Rome, l'affirmative n'eût pas été douteuse dans la première hypothèse; mais aussi il n'y avait pas de ces surprises, les Romains étaient toujours revêtus des insignes de leurs charges. Outrager l'homme, c'était outrager la robe, l'autorité.

Quelques parlements de droit écrit adoptèrent cette jurisprudence, l'étendirent même à des cas où les magistrats ne portaient pas les insignes de leur dignité.

Aujourd'hui faut-il d'abord que le magistrat, l'homme public soit connu comme tel? Et faut-il en outre que l'injure ait eu lieu à raison de la fonction ou de la qualité?

La réponse à la première question ne peut faire de doute, nous allons montrer que la seconde question ne comporte de même qu'une solution affirmative. Il faut, pour que les peines plus graves du premier alinéa de l'article 33, soient encourues, que l'injure ait eu lieu, en raison des fonctions ou de la qualité de la personne injuriée.

L'article 33, alinéas 1 et 2, reproduit à peu près les dispositions de l'article 19 de la loi du 17 mai 1819, — il en a la forme et l'esprit, les peines seules ont changé. Or, en 1819, que décidait-on sur ce renvoi à l'énumération des personnes ayant agi dans un caractère public? On avait admis que la restriction écrite pour la diffamation s'appliquait également à l'injure; on avait admis que l'injure, comme la diffamation n'était plus sévèrement punie que si elle avait eu lieu, à raison des fonctions ou de la qualité; et la loi de 1822 était venue confirmer cette interprétation. Cette loi, qui créait des délits nouveaux, loi de méfiance et de réaction, ne punissait en effet l'ou-

trage, même envers un ministre de la religion que s'il avait eu lieu, à raison des fonctions ou de la qualité et certainement elle n'était pas faite pour enlever au pouvoir des moyens de répression.

Cette interprétation de la loi de 1819, était donc la seule bonne et elle reste encore la seule interprétation juridique du texte de 1881. Mais est-il nécessaire que la personne lésée soit encore en fonctions au moment où lui arrive l'injure, ou bien au contraire l'injure, à raison de fonctions expirées, tombe-t-elle sous le coup de l'alinéa 1 de l'article 33?

Nous avons déjà trouvé et résolu cette question quand nous nous sommes occupé de la diffamation. Nous avons dit, à propos de la diffamation envers les personnes ayant agi dans un caractère public, que, même après que ces personnes étaient rendues à la vie privée, la responsabilité qu'elles avaient une fois assumée les suivait et durerait toujours. Contre elles et en ce qui touche leur qualité ou leurs fonctions d'autrefois, la preuve de la réalité des faits allégués est toujours admise; mais aussi, la protection spéciale que la loi accorde aux hommes publics, en punissant de peines plus graves les atteintes portées à leur honneur ou à leur considération, cette protection leur est acquise, elle doit les couvrir aussi longtemps qu'ils restent en lutte aux attaques, c'est-à-dire toujours.

Il en est de même au cas d'injure à raison de fonctions expirées, elles tombent sous le coup de l'alinéa 1 de l'article 33.

Mais est-ce une hypothèse pratique? Nous ne le croyons pas et surtout quand le moyen de publication est l'imprimé. L'hypothèse se consolide quand il s'agit de diffamation, parce que, dans toute diffamation, il se

rencontre nécessairement un fait, c'est-à-dire quelque chose du passé, quelque chose de précis, qui soutient et qui porte l'attaque, qui la motive et qui la rattache à une époque précise de la vie du diffamé; — dans l'injure rien de pareil; aussi le plus souvent elle ne sera que la suite et le complément de la diffamation, dans laquelle elle ira se confondre.

Avec cette doctrine, il nous est superflu de nous expliquer dans une autre hypothèse plus pratique. Voici de quoi il s'agit : Le délit a été commis durant les fonctions ou pendant la possession de la qualité d'homme public, arrive une démission ou une révocation, un événement qui rend à la vie privée le personnage injurié, l'alinéa 1 de l'article 33 peut-il encore s'appliquer? C'est évident, l'affirmative est admise par tout le monde et pour nous ce serait même un *à fortiori* de la solution que nous venons d'adopter.

Pour les corps désignés dans l'article 30, cette scission, cette distinction d'une vie privée et d'une vie publique est impossible. Les corps constitués n'ont que la vie publique, aussi l'article 30 ne restreint-il nullement leur droit de poursuivre et de faire appliquer en tous cas les peines en question.

Jusqu'à présent, dans cette opposition continue de l'injure envers les particuliers et de l'injure envers les corps ou personnes désignés par les articles 30 et 31, nous n'avons fait ressortir qu'une différence, l'inégalité des peines. Cette différence n'est pas la seule qui existe, nous allons en trouver une seconde plus importante, en recherchant dans quels cas l'excuse de provocation est admise, dans quels cas elle peut faire disparaître le délit.

L'alinéa 1 de l'article 33 n'en parle pas; c'est donc que

la provocation n'exerce pas son influence sur les injures qu'il prévoit; la provocation n'est une excuse qu'en matière d'injure envers les particuliers.

« *Injurix mutua pensatione tolluntur*, disait-on dans l'ancien droit; en droit moderne l'adage n'avait été consacré, n'avait gardé force de loi que dans l'article 471-11° du Code pénal, en matière d'injures non publiques; la loi de 1881 a admis la même règle pour les injures publiques entre particuliers.

Qu'est-ce donc que la provocation, et quand y a-t-il provocation?

Autrefois la provocation s'entendait d'une injure et la provocation n'existait légalement qu'autant que l'injure qui la suivait en était la réfutation, la dénégation.

« Voleur! » — « Tu en as menti! » était l'exemple classique; il y avait bien là une invective *animo defendendi et purgandi se ab injuriâ*.

Mais sur ce point les idées ont bien changé, nos pères avaient sans doute la répartie moins prompte, ils étaient plus endurants que nous, sans doute, pour que leur jurisprudence admît si difficilement l'excuse de provocation. Au xix^e siècle, le législateur est moins exigeant, et c'est encore une nouvelle concession que la loi de 1881 a faite à la susceptibilité contemporaine en étendant l'excuse aux injures publiques.

Aujourd'hui la provocation se définirait donc d'une façon beaucoup plus large qu'autrefois. La provocation, c'est une insulte, un geste, une menace, une indiscretion, que sais-je; ce sont tous ces préliminaires d'une querelle, bien peu de chose le plus souvent.

Et pour admettre l'excuse, faudra-t-il, comme la juris-

prudence ancienne l'exigeait encore, que l'injure suive aussitôt l'injure?

Oui, sans doute, quand les deux personnages sont en scène face à face; dans une dispute, cela se conçoit. Mais dans les journaux, dans les livres?

Et pourtant la provocation s'y retrouve, elle n'est pas une invention du défenseur trop zélé qui veut faire acquitter son client. La loi de 1881, qui admet l'excuse de provocation dans le cas d'injures publiques envers les particuliers est avant tout et s'appelle la loi sur la presse.

C'est que l'insulte écrite ne passe pas, comme une parole, elle reste là sous les yeux irritante, elle s'envenime, elle grandit, elle se perpétue, se renouvelle ou se ravive dans la polémique de tous les jours, elle prend un peu la durée des écrits, au milieu desquels elle s'est levée. Pour se faire attendre, la réponse n'en sera pas moins une riposte, la contre-partie de la première injure, une injure provoquée, excusée d'avance; il faut bien le temps de répondre. Il fallait bien, pour que la loi fût pratique, admettre un plus long intervalle entre la provocation et l'injure, les polémiques ne se terminent pas en un jour.

C'est la doctrine qu'a admise la 1^{re} Chambre de la Cour de Paris, jugeant correctionnellement, dans son arrêt du 17 mars 1882 (1).

Les injures réciproques se compensent, telle est l'idée qui a fait admettre l'excuse de provocation. Les injures s'effacent et le mal qu'elles ont causé se répare; telle est l'idée qui a poussé quelques auteurs à admettre l'efficacité du repentir et de la rétractation.

Que demande, en effet, le plaignant et que peut-il ob-

(1) *Gazette des Tribunaux* du 18 mars 1882.

tenir? moins que ce que lui offre celui qui se rétracte; le tribunal pourra tout au plus condamner le prévenu à une peine qui ne répare rien, enjoindre la suppression des passages injurieux contenus dans le livre, jamais il ne pourra ordonner une réparation d'honneur.

Et quand, sans attendre, sans remettre à plus tard, l'agresseur vient offrir tout cela à celui qu'il a insulté, ce dernier voudrait poursuivre! Les juges lui répondraient : Nous ne pouvons rien pour vous; vous voulez non plus une réparation, on vous l'a donnée, mais une vengeance, nous prononçons l'acquittement.

Ce serait peut-être équitable, mais où sont les textes qui autorisent une telle solution?

Est-ce que le voleur qui restitue volontairement, n'en sera pas moins poursuivi et condamné? — La condamnation sera mitigée à coup sûr; mais elle devra être prononcée. Le délit a existé, les actions qu'il a fait naître ne peuvent s'éteindre que selon les modes établis par la loi, et la loi n'a pas parlé de la rétractation même immédiate.

Comme la diffamation, l'injure est un délit essentiellement personnel; sauf de rares exceptions que nous étudierons à propos de la procédure de répression, les poursuites ne peuvent avoir lieu que sur la plainte de la personne lésée. Cette personne est donc, en général, absolument maîtresse de mettre en mouvement l'action publique ou de pardonner; dans les cas de diffamation ou d'injure envers les particuliers, le désistement du plaignant arrête même la poursuite commencée (art. 60, *in fine*).

En droit romain, la personne attaquée était censée avoir pardonné, quand elle avait mangé à la même table que son adversaire, quand elle lui avait parlé volontaire-

ment ; notre législation n'admet pas ces présomptions de pardon. Et cela s'explique ; avec les relations qu'impose la société moderne, relations beaucoup plus étendues qu'à Rome où les salons étaient inconnus, où la femme n'exerçant que peu d'influence, où les habitudes du monde différaient sensiblement des nôtres, ces présomptions seraient fausses le plus souvent.

D'ailleurs, on n'est jamais présumé renoncer à ses droits ; aussi tant qu'il n'y a pas eu prescription ou renonciation formelle au droit de porter plainte, dirons-nous que ce droit subsiste.

SECTION V.

Offense au Président de la République et délits contre les chefs d'États et agents diplomatiques étrangers.

Offense, outrage, question de mots, question d'étiquette. Au fond, c'est la même chose ; les deux délits sont identiques sauf en un point, la dignité de la victime. On offense un souverain, on outrage un agent diplomatique.

La Commission, dans son rapport à la Chambre des députés, avait écarté le mot « offense » pour éloigner jusqu'au souvenir des abus que ce mot avait couverts dans la loi de 1835. « Outrage » était la seule expression qui eût cours dans le projet. Et quand le rapporteur du Sénat voulut la changer, il dit expressément qu'il ne prenait le mot offense que parce que c'était le terme consacré.

« Si tel est l'unique motif de la substitution, dit

M. Lisbonne lorsque la loi revint à la Chambre, il doit être bien entendu que pour qu'elle puisse tomber sous le coup de la loi, l'offense doit réunir dans l'application les mêmes conditions et caractères que l'outrage, tel que le prévoit l'article 29, alinéa 2, de la loi nouvelle. »

A cet alinéa, il s'agit de l'injure, expression *outrageante*; c'est donc, à vrai dire, un renvoi au sens du mot outrage employé dans le projet.

« L'outrage, dit M. Lisbonne, dans son rapport, c'est la gradation, c'est l'augmentatif de l'injure. »

« L'outrage est un terme générique qui embrasse la diffamation, l'injure, toute insulte humiliante. »

Mais pourquoi cette distinction entre les chefs d'États et les simples citoyens?

En France, c'est un vestige de la royauté. La loi supposait fausses toutes les imputations dirigées contre la personne du roi et cette fiction de la loi était nécessaire, imposée par les principes des constitutions, qui voulaient que le roi fût irresponsable, inviolable et sacré. Si l'on eût soumis le roi au droit commun, si l'on eût admis contre lui la preuve de la vérité des imputations, l'inviolabilité se serait brisée devant la cour d'assises. On la repoussa donc et la fiction de la loi fut d'établir une présomption inattaquable d'impeccabilité, une présomption contre laquelle rien ne pouvait prévaloir, une présomption *juris et de jure*.

Puisque l'allégation d'un fait devenait vaine, puisqu'elle n'avait plus aucune portée et qu'elle devait toujours être présumée fausse, il n'y avait plus, comme pour les autres fonctionnaires publics, à distinguer entre la diffamation et l'injure, l'élément de cette distinction avait disparu.

Il n'y eut plus qu'un délit et qu'une peine, l'offense seule était possible contre les rois.

Cette théorie parut un peu vieillie à la Chambre et lors de la discussion de l'article 26, elle la repoussa.

Mais on ne pouvait rompre avec toutes les traditions de droit international, il fallait se garder de donner l'éveil aux susceptibilités des puissances étrangères, on maintint pour elles, pour la protection de leurs représentants (souverains et agents diplomatiques) la doctrine ancienne. Tout cela dans la même séance. On s'aperçut alors de la situation singulière, complètement à part, que l'on faisait au Président de la République, lui seul entre les chefs d'États allait sans doute rester soumis au droit commun. C'était une contradiction qu'on ne devait pas laisser subsister; à la faveur de cet argument, l'article 26 rentra dans la loi et fut admis tel qu'il est aujourd'hui.

Délit vague et mal défini que ce délit d'offense et d'outrage; on en a vu l'élasticité dans la répression du mot fameux : « Quand la France aura fait entendre sa voix souveraine, il faudra se soumettre ou se démettre. »

Tout ce qu'on peut dire, c'est que pour que le délit existe, il faut qu'il y ait quelque chose qui outrepassé les bornes, avec l'intention d'outrager. Question de fait qui sera résolue diversement, selon le temps, la région et les circonstances. La meilleure sauvegarde en cette matière, c'est l'indépendance du juge; nous avons le jury, et un jury français, c'est-à-dire en qui se retrouvent les qualités ou les défauts de la nation, l'impatience du joug, les tendances à dire souvent avec La Fontaine : « Notre ennemi, c'est notre maître »; cela rend un peu moins dangereuses l'absence et l'impossibilité de toute définition.

Les articles 26 et 36 punissent l'offense au Président de la République ou à un chef d'État étranger, d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100 fr. 3,000 fr. ou de l'une de ces deux peines seulement.

L'article 37 punit d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 50 fr. à 2,000 fr. ou de l'une de ces deux peines seulement, l'outrage commis publiquement envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents accrédités, près du gouvernement de la République (1).

Les articles 36 et 37 ne protègent évidemment les souverains et les agents diplomatiques étrangers, que tant qu'ils sont au pouvoir. Le souverain, unique ou collectif, peu importe, n'existe pas à l'égard de la France, tant qu'il n'est pas reconnu, l'agent diplomatique, tant qu'il n'est pas accrédité auprès du gouvernement français. C'est à ce moment que commence à s'étendre sur eux la protection toute spéciale des articles 36 et 37; elle dure autant que leur vie publique, elle cesse à l'instant où leur est enlevée, à l'égard de la France, la qualité qui leur avait valu cette protection. Et il ne peut y avoir d'offense ou d'outrage rétrospectif; tout ce qui est publié depuis la déchéance du souverain étranger ou le rappel de l'agent

(1) Quels sont ces agents? le motif de cette décision l'indique : on a voulu ménager la susceptibilité des nations étrangères; il ne s'agit donc que des agents qui ont le caractère représentatif, de ceux qui sont *accrédités*, de ceux qui ont reçu de leur gouvernement des *lettres de créance*. — Les consuls, par exemple, qui ne reçoivent que des *lettres de provision*, ne sont pas des agents diplomatiques au sens de l'article 37. Ils sont des fonctionnaires étrangers, c'est-à-dire, au point de vue de la loi de 1884, de simples particuliers.

diplomatique, même la critique violente des actes de leur vie politique passée, tout cela s'adresse à un particulier.

Souverain déchu, ambassadeur qui a cessé d'être accrédité, tous deux, ne peuvent plus invoquer que le droit commun; il ne leur reste que l'action d'injure ou de diffamation.

Cela semble contradictoire avec ce que nous disions plus haut à propos des fonctionnaires et des personnes désignées dans l'article 31; mais il ne faut pas perdre de vue le motif qui a fait écrire les articles 36 et 37.

Quand le législateur protège les Français qui ont agi dans un caractère public, qui ont rempli une fonction, c'est leurs actes, c'est la fonction ou la qualité qu'il protège, et il a soin de le dire. De même encore dans l'article 26, c'est la dignité du souverain français d'une manière abstraite, absolue qu'il veut respectée et quel que soit le personnage qui occupe la présidence. Les hommes passent; mais les dignités et les fonctions restent, elles durent toujours et toujours il fallait leur assurer le même respect; l'ordre public y est intéressé.

Au contraire, quand il s'agit des étrangers, qu'a voulu le législateur? Tout simplement rester en bonne intelligence avec les autres nations, et pour cela conserver le bon vouloir personnel de ceux qui les représentent. Ce n'est donc pas leurs actes, leur dignité que la loi protège; non, elle ne distingue pas en eux la vie publique et la vie privée, c'est leur personnalité complexe, tout entière qu'elle entoure de sa protection. Aussi dès que l'intérêt de ces ménagements personnels a disparu, dès que l'étranger a quitté le poste où il pouvait y avoir utilité publique à entretenir avec lui de bonnes relations, adieu la protection. Il n'est plus qu'un simple particulier soumis

à la loi commune; il a les mêmes droits que les Français, que peut-il demander davantage ⁽¹⁾?

Un point à remarquer, c'est que, dans ces délits, la publicité exigée n'est pas restreinte aux moyens prévus par l'article 23. — L'offense au Président de la République, comme la diffamation, et l'injure peut être commise par les moyens énoncés en l'article 28. L'article 26 le dit expressément; les articles 36 et 37 sont plus généraux encore; à l'égard des souverains et agents diplomatiques étrangers, il suffit que l'offense ou l'outrage ait eu lieu « publiquement. »

SECTION VI.

Publications interdites.

Article 38. — « Il est interdit de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle, avant qu'ils aient été lus en audience publique, et ce, sous peine d'une amende de 50 à 1,000 francs. »

Cet article a été considéré comme une garantie pour ceux qui avaient à se défendre devant la justice répressive; pareille disposition existait déjà dans la législation antérieure, il n'a besoin d'aucun commentaire, il a d'ailleurs été adopté sans discussion. L'article est général, l'accusé lui-même n'aurait pas le droit de faire cette publication.

(1) En ce sens : de Grattier, *op. cit.*, I, p. 215. — Dalloz, *Répertoire*, V^o Presse-outrage, n^o 915.

Les cas dans lesquels l'article 39 interdit le compte rendu du procès, présentent plus d'importance pratique.

Nous avons vu que les procès en diffamation sont de deux sortes; dans les premiers, où la société a intérêt à connaître la vérité, la preuve des faits diffamatoires est admise; il faut que la lumière se fasse et se fasse pour tout le monde. Les divers incidents du procès seront donc publiés, qu'elle qu'en soit l'issue, qu'il en résulte la justification du plaignant ou qu'il lui reste la honte. La décision avec tout ce qui l'a précédée appartient au public; aucune interdiction de rendre compte du procès.

Mais il y a d'autres procès en diffamation : ceux où la preuve n'est pas admise; pour ceux-ci le plaignant a voulu le silence, la discrétion, ils n'intéressent que lui, il est juste que la loi en empêche la divulgation. De là cette décision de l'article 39 :

« Il est interdit de rendre compte du procès en diffamation où la preuve des faits diffamatoires n'est pas autorisée. La plainte seule pourra être publiée par le plaignant. »

Interdiction d'ordre public, le diffamé n'aurait pas même le droit de donner des explications sur les condamnations qu'il a obtenues. Il ne peut publier qu'une chose, la plainte.

Les dispositions de cet article, sauf celles qui ont trait aux comptes rendus des affaires civiles, ne sont que la reproduction de l'article 11 de la loi du 27 juillet 1849. Cet article, comme celui de la loi de 1835, qui avait trait aux comptes rendus, ne s'appliquait qu'aux journaux et écrits périodiques. Cela montre combien ces prohibitions intéressent peu le publicateur d'un livre. Cependant, avec le texte de la loi actuelle, il nous semble impossible de

soutenir qu'elles ne peuvent l'atteindre; la loi ne distingue pas entre la presse périodique et la presse non périodique, la formule est générale.

Ce n'est pas le seul point où le législateur de 1881 a innové. Ainsi, il a laissé de côté l'interdiction des comptes rendus des procès pour outrages ou injures dont parlait la loi de 1849. Par contre, il s'est assimilé une disposition du décret du 17 février 1852; il l'a reproduite dans toute son extension, la laissant applicable à tous genres d'écrits périodiques ou non. La voici :

« Dans toute affaire civile, les cours et tribunaux pourront interdire le compte rendu du procès. » Art. 39, al. 1.

Cela a une certaine importance, c'est en somme la suppression partielle de la publicité des débats judiciaires; aussi n'est-ce qu'en matière civile que la loi admet cette faculté pour les cours et tribunaux d'interdire le compte rendu du procès sans que le huis-clos ait été prononcé. On comprend que la loi se montre plus facile dans des affaires qui n'intéressent que les parties, où l'intérêt de la société n'est pas en jeu.

En matière criminelle il en est tout autrement; ce n'est pas de la volonté arbitraire du juge, de l'insistance des personnes en cause que peut dépendre cette grande discrétion de la justice. Non, il faut des raisons majeures pour priver le prévenu ou l'accusé de cette garantie de la publicité. Pour que le compte rendu de l'affaire criminelle ou correctionnelle (autre que diffamation) soit interdit, il faudra que le huis-clos ait été prononcé.

« Ces interdictions, continue l'article, ne s'appliqueront pas aux jugements qui pourront toujours être publiés. »

Vient ensuite une disposition qui sauvegarde le secre

des délibérations des juges et qui rend impossibles des vengeances quelquefois : « Il est interdit de rendre compte des délibérations intérieures, soit des jurys, soit des cours des tribunaux. » C'est sous l'influence de la même idée que les lois de 1835 et 1849, maintenues en 1852, avaient interdit de publier les noms des jurés, si ce n'était dans le compte rendu de l'audience où le jury avait été constitué.

« Toute infraction à ces dispositions sera punie d'une amende de 100 francs à 2,000 francs. » Art. 39 *in fine*.

Article 40. — « Il est interdit d'ouvrir ou d'annoncer publiquement des souscriptions, ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts prononcés par des condamnations judiciaires, en matière criminelle et correctionnelle, sous peine d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 100 francs à 1,000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement. »

Les raisons, que M. Lisbonne a données de cet article, dans son rapport, en seront le meilleur commentaire : « Ce n'est pas, disait-il, le fait d'ouvrir une souscription ayant pour objet d'indemniser des frais de condamnations encourues en cour d'assises ou en police correctionnelle, qui peut, par lui-même, constituer une action punissable. Chacun est libre de disposer à son gré de ses sympathies et de son argent. C'est la publicité donnée à l'ouverture de la souscription ou à l'annonce de cette ouverture que la loi a entendu prohiber et punir. On a craint que ces manifestations ne prissent le caractère d'une protestation contre les décisions judiciaires et que leur autorité ne s'en trouvât infirmée. Nous n'avons pas cru pouvoir renoncer à cette prévoyante disposition. »

L'article est très-général et s'applique à tout acte patent et notoire provoquant à une souscription; de ce côté il est impossible de lui donner aucune limite. Mais il ne faut pas oublier une chose, c'est qu'il ne vise que les souscriptions ayant un but tout spécial, celui d'indemniser des frais et dommages-intérêts, prononcés en matière criminelle et correctionnelle. L'annonce publique d'une souscription, ayant pour but de subvenir aux frais d'un appel, d'un recours en cassation, bien qu'elle prît le caractère d'une protestation serait donc licite, puisque les termes de l'article ne peuvent s'y appliquer.

Tous ces délits que la loi a rangés sous la rubrique : « Publications interdites, » ont un caractère commun, le caractère contraventionnel; nous ne dirons pas que ce sont des contraventions; car, on pourrait en tirer argument plus tard, à propos de la théorie du non-cumul des peines (art. 63, al. 2); mais nous leur appliquerons une règle qui paraît être générale aux contraventions, nous admettrons qu'ils existent par le seul fait de la désobéissance à la loi et sans rechercher, s'il y a eu, ou non l'intention coupable. Tant pis pour qui saute par dessus les barrières; *nemo jus ignorare censetur*.

CHAPITRE IV.

Des personnes responsables.

Les délits de presse, sont des délits de publicité; c'est ce qui explique l'ordre dans lequel l'article 42 énumère les personnes responsables; c'est ce qui explique comment il se fait que l'auteur principal d'un délit commis par la voie du livre, ce soit, aux termes de l'article 43, non pas l'auteur du livre, mais l'éditeur.

C'est bien lui, en effet, qui a commis les délits, puisque c'est lui qui a fait la publicité; l'écrivain ne lui a fourni que son style, ses pensées, ses théories, l'instrument du délit, en un mot.

Mais il se peut que l'éditeur, ce principal agent de publicité soit inconnu, qui sera l'auteur principal alors et à qui s'adressera le ministère public? Voilà une bizarre question; dans les crimes et délits ordinaires, quand la justice ne peut connaître l'auteur, elle ne poursuit pas et c'est tout. Ici, ce n'est plus la même chose et la question trouve une réponse; le ministère public s'adressera aux autres personnes, qui ont contribué à la publicité.

A défaut de l'éditeur, qui tenait le premier rôle, on suivra la filière; on prendra, les uns à défaut des autres

et selon l'importance de leur intervention, tous les agents du délit.

C'est cette gradation de responsabilité, cette succession de personnes, venant, les unes à défaut des autres, prendre le titre d'auteur principal, que règle l'article 42 ainsi conçu :

Article 42. — « Seront passibles, *comme auteurs principaux*, des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, dans l'ordre ci-après, savoir : 1° les gérants ou éditeurs, quelles que soient leurs professions et dénominations; 2° à leur défaut, les auteurs; 3° à défaut des auteurs, les imprimeurs; 4° à défaut d'imprimeurs, les vendeurs, distributeurs ou afficheurs. »

Ainsi on descend jusqu'au bas de l'échelle, on va chercher les colporteurs pour les traîner devant le tribunal correctionnel ou en cour d'assises (1).

Mais ce colporteur sait-il au moins ce qu'il vend ou distribue? Non certainement, pas plus que l'imprimeur ne surveille et ne connaît ce qu'il imprime. Et la meilleure preuve de leur ignorance et de leur innocence, c'est que la loi ne permet pas de les poursuivre comme complices, qu'elle y met des conditions tout au moins. Pourquoi donc les poursuivre comme auteurs principaux? N'est-ce pas es déranger inutilement? ils vont invoquer leur bonne

(1) La question de l'article 42 est très-obscur, surtout dans cette hypothèse complexe, où nous sommes bien obligé de combiner les règles de cet article avec celles de l'article 5 Inst. crim. — Peut-être serait-il bon, pour la comprendre dans tous ses détails, de connaître une question que nous avons dû remettre à plus tard : celle de savoir ce que l'on doit entendre par *lieu du délit*, dans notre matière toute spéciale. — Voir page 137 et suiv.

foi et dès lors comment les condamner? le ministère public ne court-il pas à un échec certain?

Sans doute on ne pourrait condamner les imprimeurs, vendeurs et colporteurs, s'ils étaient de bonne foi; mais comment peuvent-ils l'invoquer, cette bonne foi?

S'ils ne connaissent pas le livre qu'ils contribuent à répandre, ils doivent savoir d'où il vient, qu'ils le disent. En refusant de faire connaître les coupables, ils assument volontairement la responsabilité de la publication.

Sur leurs déclarations, la justice s'adressera à une personne plus directement responsable et cessera de les inquiéter; tout au moins, ils ne seront plus poursuivis, comme auteurs principaux.

Cela, quand la publication a lieu en France. Car, une fois le livre publié en France, que l'auteur et l'éditeur, français ou étranger, y demeurent ou passent la frontière, peu importe; le délit a été commis par eux en France et on peut les poursuivre et les condamner, ne serait-ce que par défaut ou comme contumaces.

Mais si le livre a été publié par eux à l'étranger et introduit en France, indépendamment de leur volonté?

C'est une hypothèse presque chimérique; il faut cependant la prévoir, car il ne reste que celle-là, en dehors du cas de publication en France, et le législateur a eu en vue deux hypothèses. Il eût été bien commode d'importer des livres délictueux: écrits, imprimés et publiés à l'étranger, si la loi eût permis de dépouiller toute responsabilité en désignant leurs éditeurs, auteurs et imprimeurs étrangers. Le libraire ou colporteur eût donné sans la moindre hésitation leurs noms et même leurs adresses; ce n'eût été pour lui qu'une simple formalité. Quant à eux, ils étaient hors des atteintes de la loi française.

Pas toujours cependant, et ce serait commettre une erreur que soutenir que la déclaration du nom de l'imprimeur, de l'écrivain ou de l'éditeur serait inutile dans tous les cas, que ces auteurs de l'infraction commise à l'étranger et continuée, prolongée par d'autres en France *manqueront* toujours, aux termes de l'article 42, et qu'il ne reste plus qu'à poursuivre les autres personnes responsables, *à défaut* de celles-ci.

Sauf à en donner la raison plus tard, traduisant les mots : « à défaut » par : « quand les tribunaux français ne pourront réprimer le délit, parce qu'ils ignorent le nom de l'éditeur, ou parce qu'ils sont incompetents, » nous ramènerons la question à ceci : La loi pénale française exerce-t-elle son empire au delà des frontières, sur qui et dans quelles conditions l'exerce-t-elle ?

C'est dans les articles 5 et 7 du Code d'Instruction criminelle que nous allons trouver la réponse à cette question ; mais d'abord rappelons l'hypothèse : l'ouvrage, publié à l'étranger, a été introduit en France sans le concours de l'éditeur étranger. Ce dernier, sauf le cas de complicité par provocation aux crimes énoncés en l'article 7 C. Ins. crim., échappe entièrement à la répression des tribunaux français, notre loi pénale ne peut l'atteindre. Il en est évidemment de même pour l'auteur étranger qui lui a cédé son manuscrit, pour l'imprimeur étranger qui a ses ateliers à l'étranger. La personne poursuivie, en les désignant, ne pourra donc échapper aux poursuites. Il y a bien défaut des imprimeurs, auteurs et éditeurs étrangers ; elle est valablement poursuivie, et c'est à raison qu'elle répondra de la publication devant les tribunaux français.

Le grand coupable, au contraire, l'éditeur est-il un

Français résidant à l'étranger; il tombe sous le coup de la loi française pour tout crime et, en outre, pour tout fait qualifié délit en France, si ce même fait est puni par la législation du pays où il a été commis. Il peut être poursuivi, s'il rentre volontairement en France, ne fit-il qu'y passer, et s'il n'a pas été jugé définitivement à l'étranger.

Enfin, condition spéciale aux délits contre les particuliers, il faut, pour la poursuite, le concours du ministère public et de la partie lésée, il faut que l'action publique soit intentée à la requête du ministère public et sur la plainte de la partie lésée. L'article 5 Inst. crim., parle bien encore d'une dénonciation officielle de l'autorité étrangère; mais dans les délits de presse contre les particuliers, cette hypothèse ne se présentera jamais; puisque, de son côté, la loi de 1881 exige toujours, pour mettre l'action publique en mouvement, une plainte de la partie lésée.

Reste à justifier l'explication que nous avons donnée des mots « à défaut. » L'article 42 a été adopté à la Chambre et au Sénat, sans discussion; mais si nous remontons au projet, nous trouverons quelque chose. M. Lisbonne motivait ainsi notre article, dans son rapport : « En se refusant à *faire connaître les coupables* ou en prêtant son concours à des personnes *résidant à l'étranger*, la personne poursuivie n'aura-t-elle pas volontairement assumé la responsabilité de la publication? »

Il faut donc, et c'est à cela que revient la disposition de l'article 42, c'est là son but, il faut qu'il y ait quelqu'un qui paie, qui supporte les conséquences de l'infraction à la loi pénale. Si les premiers exposés, les plus compromis, ne peuvent être condamnés au moins par

défaut, les autres répondront à leur place. Les vendeurs étaient-ils seuls, aux yeux des tribunaux français, à enfreindre la loi pénale; on ne tiendra aucun compte du peu de responsabilité qu'entraîne d'ordinaire l'exercice de leur profession; ils seront poursuivis comme auteurs principaux. Y avait-il au-dessus d'eux un auteur, un éditeur, pouvant tomber sous le coup de la loi pénale? Qu'ils le nomment ou qu'ils passent en première ligne⁽¹⁾.

Admettons que tout se passe simplement et franchement : l'éditeur a fait sa publication en France et il est connu. C'est lui qui assume toute la responsabilité et, par aucune allégation, il ne pourra la détourner de lui. Il ne sera pas admis, par exemple, à venir déclarer qu'il était de bonne foi, qu'il ignorait ce que contenait l'ouvrage, qu'il n'a pas eu le temps de le lire. C'était peut-être une brochure de peu d'importance, un livre d'actualité, qui n'avait chance de succès que s'il voyait le jour au plus tôt; tant pis.

Comme le gérant du journal, et plus encore, l'éditeur doit savoir ce qu'il publie; il doit lire ce qu'il va jeter demain à la foule, il doit examiner avec soin ces écrits qui vont soulever des passions, réveiller des haines et les mettre aux prises peut-être. Quand la publicité aura emporté les paroles trop ardentes, semé à profusion l'insinuation malveillante, la provocation ou l'injure, quand le livre sera dans toutes les mains; c'est en vain qu'on essaiera d'effacer les impressions premières. Le législateur a fait crédit à l'écrivain, il a eu confiance en l'édi-

(1) La circulaire ministérielle du 9 novembre 1881 donne une interprétation plus libérale encore de l'article 42. — « A défaut de publieur, » équivaut, d'après M. Cazot, à : « A défaut de publieur connu. »

teur, il lui a laissé toute liberté d'agir, il n'y a plus de censure; c'est bien le moins que ce dernier agisse avec prudence et qu'on puisse lui demander compte de ses actes.

Ne pas lire l'ouvrage qu'il s'engage à publier; c'est pour un éditeur commettre une faute et cette faute suffira toujours à rendre inadmissible la bonne foi qu'il voudrait invoquer.

On a soutenu parfois que l'écrivain, l'auteur du livre, était le seul grand coupable et que lui seul devait être puni comme auteur principal. Ce serait vrai peut-être au point de vue de la loi morale; au fond, c'est lui qui le premier a péché et c'est sa faute qui est la cause de tout le mal; c'est sur lui que doit retomber toute la responsabilité.

Mais la législation pénale n'est pas faite pour assurer le respect de la loi morale; elle a pour but de maintenir l'ordre public, elle ne doit réprimer les infractions à la loi morale qu'autant qu'elles causent un trouble dans la société. Or, tant que le manuscrit reste inconnu, soigneusement enfermé chez l'écrivain, quel trouble cause-t-il dans le monde? On ne soupçonne même pas son existence, il reste aussi discret, aussi personnel que la pensée de celui qui l'a écrit et l'on ne peut punir la pensée.

Ce n'est que lorsqu'il arrivera à la vie publique, lorsqu'il fera son entrée dans la société, et alors seulement que la loi pénale lui sera applicable. A qui donc le législateur devait-il demander compte de son introduction et des troubles qu'elle a causés, sinon à celui qui l'a introduit, à l'éditeur? Comme nous le disions en commençant ce chapitre, c'est la publication qui fait le délit; l'auteur principal, ce sera forcément le publicateur, l'écrivain reste au second plan, il ne peut être que le complice.

C'est ce que décide l'alinéa 1 de l'article 43 : « Lorsque les gérants ou éditeurs seront en cause, les auteurs seront poursuivis comme complices. » L'article ajoute : « Pourront l'être au même titre et dans tous les cas, toutes personnes auxquelles l'article 60 du Code pénal pourrait s'appliquer. Ledit article ne pourra s'appliquer aux imprimeurs pour faits d'impression, sauf dans les cas et les conditions prévus par l'article 6 de la loi du 7 juin 1848 sur les attroupements. »

Après le renvoi à l'article 60 du Code pénal, c'est-à-dire au droit commun en matière de complicité, l'article du projet, plus étendu que la disposition actuelle, énumérait plusieurs exceptions qui ont disparu. « Ledit article, disait le projet, ne pourra s'appliquer aux imprimeurs pour faits d'impression, *ni aux vendeurs, distributeurs ou afficheurs pour faits de vente, distribution ou affichage*, sauf dans le cas et les conditions prévus par l'article 6 de la loi du 7 juin 1848 sur les attroupements. »

On fit remarquer que, dans un précédent article, l'article 22 qui termine la série des articles sur le colportage, on avait décidé expressément le contraire; on avait déclaré la poursuite facultative.

L'article 22 est ainsi conçu : « Les colporteurs et distributeurs pourront être poursuivis conformément au droit commun, s'ils ont sciemment colporté ou distribué des livres, écrits, brochures, journaux, dessins, gravures, lithographies et photographies, présentant un caractère délictueux sans préjudice des cas prévus par l'article 42. »

La contradiction était manifeste, on supprima, dans l'article 43, les expressions qui l'avaient fait naître.

L'article 22 n'est que l'application au colporteur du droit commun en matière de complicité; seulement la poursuite est facultative pour le ministère public.

Une seule exception reste donc et encore n'est-elle pas complète; c'est l'exception qui a trait à l'imprimeur.

Avant la loi actuelle, l'imprimeur pouvait être poursuivi comme complice aux termes du droit commun. Il avait fourni ses presses. L'avait-il fait dans l'intention de les faire servir au délit? Avait-il compris l'écrit qu'il allait imprimer, l'avait-il même lu? Questions de fait, questions bien délicates. C'était pour les voir résoudre que l'imprimeur suivait, comme complice, les auteurs et éditeurs devant les juges chargés de la répression.

C'était un reste de la censure, un vestige inutile et vexatoire; l'écrit délictueux s'imprimait quand même; car l'imprimeur ne pouvait guère examiner et juger ce qu'il soumettait à ses presses et cependant on ne l'oubliait pas dans les poursuites; son travail lui rapportait quelquefois de la prison.

Aujourd'hui ces vexations ont disparu; l'imprimeur ne peut plus être poursuivi comme complice pour faits d'impression, quand même il aurait agi en connaissance de cause, sachant bien que l'écrit, à lui soumis, avait un caractère délictueux. L'article 43, *in fine*, le met absolument à couvert; sauf dans un cas pourtant. Au cas de provocation à un attroupement, l'imprimeur qui aura sciemment imprimé les provocations sera puni comme complice, aux termes de l'article 6 de la loi du 7 juin 1848.

Maintenant que nous avons fixé la part de responsabilité de chacun, ajoutons, comme le disait M. Lisbonne dans son rapport, « que les mots ne sauraient changer la nature des choses. C'est la nature du concours prêté à

la perpétration du délit et non la qualité ou la profession de la personne qui l'a prêté qui détermine sa responsabilité. Un imprimeur, par exemple, qui serait l'éditeur d'un livre, ne pourrait exciper de sa qualité d'imprimeur pour échapper aux poursuites auxquelles l'exposerait le fait de la publication. Ainsi du libraire, ainsi des autres. »



CHAPITRE V.

De la compétence (1).



Pour savoir si la presse est libre chez tel ou tel peuple, nous ne songeons jamais à nous enquerir de la loi qu'on lui applique mais nous demandons tout de suite : qui la juge ?

(PRÉVOST-PARADOL, *France nouvelle*.)

Nous arrivons ici au point le plus important de notre sujet, car dans toute la loi pénale, surtout dans celles qui touchent à la politique, la question dominante est celle de la juridiction ; *primo de judice*. Quel sera le juge des délits de presse ? la cour d'assises ou le tribunal correctionnel ? Question toute moderne, comme la presse ; question qui paraît vieille comme le monde, tant elle a été discutée, tant elle est rebattue.

C'est sur ce terrain que se sont rencontrés le plus sou-

(1) Le législateur de 1881 a eu le tort de placer l'article 45, qui traite de la compétence, sous une rubrique absolument étrangère à ce sujet, sous le titre : « Des personnes responsables des crimes et délits commis par la voie de la presse. » Cela rendra plus difficiles les recherches ; mais ne soulèvera d'ailleurs aucune controverse. Le sens des articles n'en peut recevoir aucune atteinte. C'est une étiquette mal mise, rien de plus.

vent les lutteurs politiques, c'est là qu'ils ont livré le plus de batailles et tour à tour, selon que la victoire restait aux partisans du principe d'autorité on favorisait les défenseurs de la liberté, les délits de presse ont été jugés par des magistrats ou par des jurés.

Nous ne voulons pas y revenir, nous attarder à redire, après tant d'autres plus autorisés, que c'est faire sortir la magistrature de son rôle que la faire intervenir dans les procès politiques. Fût-elle impartiale, malgré son impartialité on la soupçonnera bien vite de rendre non pas des arrêts, mais des services. Aux procès politiques où le pouvoir est toujours en cause, il faut des juges absolument indépendants. Procès d'opinion en somme et qui ne peuvent être jugés que par l'opinion. A ces délits variables, changeants de la presse, il faut des jurés, impressionnés, comme la société, au jour le jour, non des juges qui interprètent judaïquement la loi, d'après une jurisprudence immobile. La parfaite conformité des jugements serait ici la parfaite injustice.

« On ne peut donc contester que le jury soit, en principe, la juridiction naturelle et efficace de la presse. Avec le verdict souverain du jury en perspective, aucune loi répressive sur la presse n'est mauvaise; car les inévitables défauts de la loi sont corrigés par l'absolue liberté du juge; sans le jury, au contraire, il n'est point de bonne loi sur la presse; car l'application littérale de ces lois fait bientôt paraître absurdes et intolérantes les définitions qu'on a crues les plus sages (1). »

Le législateur de 1881 l'a compris et il a posé en principe la compétence du jury en matière de délits de presse.

(1) Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, p. 223.

Article 45. — « Les crimes et délits prévus par la présente loi sont déférés à la cour d'assises.

« Sont exceptés et déférés aux tribunaux de police correctionnelle les délits et infractions prévus par les articles 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 17 paragraphes 2 et 4, 28 paragraphes 2, 32, 33 paragraphes 2, 38, 39 et 40 de la présente loi.

« Sont encore exceptées et renvoyées devant les tribunaux de simple police les contraventions prévues par les articles 2, 15, 17 paragraphes 1 et 3, 21 et 33 paragraphe 3, de la présente loi. »

Le texte paraît bien précis; toutes les infractions qui ne sont pas spécialement exceptées par les alinéas 2 et 3 rentrent dans la règle générale et sont déférées à la cour d'assises.

Cependant il y a déjà surgi une controverse et ce n'est pas la seule que soulève cet article.

Voici en quels termes elle s'est posée : La diffamation d'un directeur ou administrateur d'une entreprise commerciale ou financière doit-elle être poursuivie devant la cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel dans le cas où en vertu de l'article 35 la preuve du fait diffamatoire est admise?

Pour soutenir que le délit devait être déféré à la cour d'assises, on a dit : L'article 45, dans son alinéa premier, pose le principe; il dit que les délits de presse sont de la compétence de la cour d'assises. Notre hypothèse est-elle visée par l'alinéa 2, qui énumère les exceptions? assurément non; l'alinéa 2 parle bien de la diffamation envers les particuliers; mais comment dire que le directeur d'une société financière, qui fait appel à l'épargne est un particulier? Est-ce qu'en se livrant au public, à la critique de

tous, il n'a pas rendu sa vie publique, est-ce qu'il n'est pas devenu un homme public?

Mais il y a plus, on veut faire contre lui la preuve des allégations diffamatoires, tous les articles qui règlent la procédure vont nous montrer que la cour d'assises est seule compétente pour recevoir cette preuve.

D'abord l'article 52, alinéa 2 : « Quand le prévenu voudra être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, conformément aux dispositions de l'article 35 de la présente loi (c'est bien notre hypothèse), il devra, dans les cinq jours qui suivront la notification de la citation, faire signifier au ministère public *près la cour d'assises...*, etc. » « Cette signification contiendra élection de domicile *près la cour d'assises*, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve. »

De même l'article 54 : « Toute demande en renvoi pour quelque cause que ce soit, tout incident sur la procédure suivie, devront être présentés, avant *l'appel des jurés*, à peine de forclusion. »

Si vous vouliez poursuivre en police correctionnelle, à quel moment pourriez-vous dire qu'il y a forclusion ? Mais il vous faudrait inventer toute la procédure.

A tous ces arguments, il est facile de répondre.

D'abord, sur la compétence de droit commun en matière de délits de presse. — Quels sont les délits déferés à la cour d'assises ? Les délits qui touchent à la politique, la commission l'a formellement déclaré. Et on ne comprendrait guère qu'il en soit autrement. Pourquoi enlever aux juges correctionnels la répression de délits où l'État n'est pas en cause, où le Gouvernement n'a personne à soutenir. Le prévenu ici, ce n'est pas un fonctionnaire, c'est un particulier ; nous ne sommes pas en matière poli-

tique, nous sommes en matière financière. Les juges correctionnels ont bien toute leur indépendance.

Le législateur devait donc renvoyer ce délit devant le tribunal correctionnel. Nous ajoutons que c'est ce qu'il a fait.

Quelle est en effet la peine applicable ? La réponse ne fait aucun doute, c'est celle de l'article 32. Or l'article 45, alinéa 2, est formel, le délit prévu par l'article 32 est de la compétence du tribunal correctionnel. Mais comment faire la preuve ? Voilà la difficulté : eh bien ! nous n'hésiterons pas, nous appliquerons, en police correctionnelle, les règles écrites pour la cour d'assises. Cela se fait tous les jours pour les articles 317, 332, 333 du Code d'Instruction criminelle.

Resterait l'objection de l'article 54, sur la forclusion, si cet article avait trait à la preuve des faits diffamatoires ; mais nous n'aurons pas à nous en occuper devant les juges correctionnels. Cet article est la reproduction de l'article 18 de la loi du 27-29 juillet 1849, loi qui n'admettait jamais la preuve ; il est donc entièrement étranger à la question ⁽¹⁾.

Nous avons déjà parlé, en étudiant le délit d'outrage aux mœurs, de l'hypothèse dans laquelle un livre obscène contiendrait des gravures obscènes aussi, nous supposions que l'éditeur était connu et pouvait être poursuivi. Les deux auteurs, l'artiste et l'écrivain, étant ses complices, nous avons admis qu'ils devaient tous deux le suivre en cour d'assises. La solution n'était pas douteuse ; il est de principe, en effet, que les complices doivent être pour-

(1) En ce sens : Tribunal de Nice, 2 décembre 1881, confirmé par l'arrêt de la Cour d'Aix du 17 mars 1882 (*Gaz. des Tr.* du 19). Conférence des Avocats du 16 janvier 1882.

suivis devant le même juge que l'auteur principal et, qu'en outre, si plusieurs juridictions ordinaires sont compétentes pour réprimer l'infraction, l'une; du complice, l'autre de l'auteur principal, c'est devant la juridiction dont la compétence est la plus étendue que doivent se réunir les prévenus. Cette solution trouve sa confirmation dans l'article 68 du Code pénal.

La solution serait la même au cas où, à défaut de l'éditeur, l'artiste et l'écrivain seraient poursuivis en qualité d'auteurs principaux. — En admettant que les deux délits soient distincts, ils seraient tout au moins connexes, puisqu'ils auraient été « commis en même temps par plusieurs personnes réunies, » comme l'exige l'article 227 Inst. crim. Et la connexité, qui rend toujours utile une jonction de procédure, la rendrait nécessaire dans notre hypothèse. Il s'agit, en effet, de délits qui se démontrent ou s'excusent l'un l'autre; comment apprécier les gravures sans le livre qui les a inspirées, et comment oublier, en jugeant le livre, les gravures qui, développant les conceptions de l'écrivain, les ont animées, sont venues fixer l'imagination vagabonde du lecteur? La jonction est indispensable; elle ne peut se faire que devant la juridiction qui a la compétence la plus étendue, devant la cour d'assises.

C'est encore une théorie analogue, la théorie de la complicité qui va soulever sans doute une dernière controverse sur la compétence. Nous voulons parler de la provocation à commettre un délit, quand cette provocation a été suivie d'effet. Devant quelle juridiction les provocateurs seront-ils poursuivis?

MM. Faivre et Benoit-Lévy, tranchent la question, sans peut-être se douter qu'elle existe, et dans l'énumération

des infractions déferées à la cour d'assises, ils comprennent : « 7° Provocation à commettre un crime ou un *délit* alors que cette tentative (la provocation n'a jamais constitué une tentative) a été suivie d'effet (1). »

En faveur de cette opinion, ces auteurs auraient pu dire : La provocation à commettre un délit n'est pas visée dans l'alinéa 2 de l'article 45, elle reste donc soumise au droit commun en matière de délits de presse, elle doit être déferée à la cour d'assises (art. 45, al. 1).

Cette juridiction de faveur ne peut être enlevée au publiciste, complice par provocation, l'auteur principal du délit en bénéficiera, et par application des principes que nous avons exposés plus haut, il suivra son complice en cour d'assises.

Le raisonnement eût été spécieux.

Mais d'abord la provocation par la voie de la presse constitue-t-elle un délit de presse? Il faudrait pour cela qu'elle fût un délit; elle n'est qu'un acte de complicité, l'article 23 le dit expressément.

« Seront punis comme *complices* d'une action qualifiée crime ou délit....., si la provocation a été suivie d'effet. » Non suivie d'effet, cette provocation reste impunie, comme tout fait de complicité d'un crime qui n'a été ni commis ni tenté.

C'est ce que pensait du reste la Commission de la Chambre des députés. M. Lisbonne, dans son rapport, ne parle des provocations à commettre un crime ou un délit (provocations suivies d'effet), que comme de faits ordinaires de complicité et la juridiction lui paraît toute indi-

(1) MM. Faivre et Benoît-Lévy. — *Code manuel de la Presse*, 2^e édition, p. 216.

quée d'avance ; c'est celle qui jugera le crime ou le délit.

La rédaction de l'article du projet fait bien ressortir cette doctrine. L'article était ainsi conçu :

Art. 44. — « Seront déférés :

« 1° A la cour d'assises, *autre* les provocations aux crimes, suivies d'effet, les délits... etc.

« 2° Aux tribunaux de police correctionnelle, *autre* les provocations aux délits, suivies d'effet, les délits d'outrage au Président de la République, aux chefs d'États, ... etc... »

Aussi quand l'article, voté sous cette forme énumérative, est revenu en seconde lecture, le même au fond sous une forme différente, la forme actuelle, n'a-t-il pas soulevé la moindre objection pour les cas de complicité par provocation.

La solution s'imposait toujours, on ne devait pas séparer le complice de l'auteur principal et on laissait celui-ci à ses juges naturels. La provocation à commettre un délit sera donc déférée au tribunal correctionnel, lorsqu'elle aura été suivie d'effet.

Il ne nous reste pour terminer sur ce sujet, qu'à reprendre les infractions que l'on peut commettre par la voie du livre ou à l'occasion de sa publication et à les classer selon les juridictions desquelles elles relèvent.

Seront déférés à la cour d'assises :

1° Provocation à commettre un crime, lorsqu'elle a été suivie d'effet (art. 23).

2° Provocation non suivie d'effet à commettre les crimes de meurtre, pillage et incendie ou l'un des crimes contre la sûreté de l'État, prévus par les articles 75 et suivants, jusques et y compris l'article 101 du Code pénal (art. 24).

3° Provocation adressée à des militaires dans le but de les détourner de leurs devoirs (art. 25).

4° Provocation directe à un attroupement armé ou non armé (art. 6 et 10 de la loi du 7 juin 1848, sur les attroupements).

5° Offense au Président de la République (art. 26).

6° Outrage aux mœurs, commis par les moyens énoncés en l'article 23 (art. 28, al. 1).

7° Diffamation envers les corps et les personnes, désignés par les articles 30 et 31.

8° Injure envers les mêmes corps et personnes (art. 33, al. 1).

9° Offense envers les chefs d'État étrangers (art. 36).

10° Outrage envers les agents diplomatiques accrédités près du gouvernement de la République (art. 37).

Sont déférés au tribunal de police correctionnelle :

1° Défaut de dépôt des deux exemplaires destinés aux collections nationales (art. 3).

2° Provocation suivie d'effet à commettre un délit (art. 23).

3° Diffamation envers les particuliers (art. 32).

4° Injure envers les particuliers (art. 33, al. 2).

5° Publication des actes d'accusation et de tous actes de procédure criminelle ou correctionnelle, avant qu'ils aient été lus en audience publique (art. 38).

6° Compte rendu des procès en diffamation où la preuve des faits diffamatoires n'est pas admise. — Compte rendu des procès, quand les cours et tribunaux l'ont interdit ou ont prononcé le huis-clos. — Compte rendu des délibérations intérieures, soit des jurys, soit des cours et tribunaux (art. 39).

7° Ouverture ou annonce publique de souscriptions,

ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts, prononcés par des condamnations judiciaires en matières criminelles et correctionnelles (art. 40).

Sont renvoyés aux tribunaux de simple police :

1° Défaut d'indication ou fausse indication des nom et domicile de l'imprimeur (art. 2).

2° Exercice habituel de la profession de colporteur ou distributeur, sans déclaration préalable, — fausseté de la déclaration, — défaut de présentation, à toute réquisition, du récépissé de la déclaration (art. 21).

Nous savons maintenant devant quelle juridiction abouira telle ou telle infraction; c'est tout ce que nous apprend la loi de 1881. Mais cela ne suffit pas; on n'est pas poursuivi devant la cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel en général; où allons-nous trouver des renseignements sur la compétence *ratione loci*.

Dans le silence de notre loi spéciale, il faut bien revenir au droit commun, et demander une solution au Code d'Instruction criminelle.

Les tribunaux compétents *en droit commun*, ce sont celui du lieu du délit, celui de la résidence du prévenu et celui du lieu où il pourra être trouvé (art. 23, 63, 69, Inst. crim.).

La résidence du prévenu, le lieu où il pourra être trouvé; ces termes ne soulèvent pas de difficultés. Mais reste le lieu du délit; qu'entend-on par *lieu du délit*?

Assurément le lieu où le délit est consommé. Et comme le délit consiste dans la publication, ce sera tout lieu où se fait la publication.

Faudrait-il en conclure que partout où le livre parviendra, l'éditeur pourra être poursuivi? Nous ne le pensons pas; sans doute, il y aura publicité pour le livre, partout

où il aura été vendu, distribué ou mis en vente; mais il ne faut pas oublier une chose : si nous ne pouvons plus, dans les délits de publicité, exiger, comme dans les autres délits, comme dans le vol, par exemple, la présence et l'intervention matérielle de l'auteur de l'infraction sur le lieu du délit, nous devons tout au moins exiger son intervention par intermédiaire et son intervention voulue dans ce lieu du délit. Il faut, en un mot, le fait personnel du délinquant, de l'éditeur.

Il faut, pour qu'une ville puisse être dite le lieu du délit, que l'éditeur y ait vendu lui-même ou fait vendre par ses commettants le livre délictueux. Alors le délit s'y consomme et peut y être poursuivi.

Mais il ne suffirait pas, par exemple, pour attribuer compétence au tribunal de Vouziers, qu'un libraire de cette ville, ayant acheté quelques exemplaires, non chez l'éditeur, mais chez un confrère de Paris, les mette en vente chez lui. Les ventes qu'il ferait ne seraient que la conséquence de la première vente faite à Paris et qui a constitué le délit; mais elles ne pourraient ni former un délit nouveau, ni renouveler le délit primitif; puisque celui sur qui retombe la responsabilité, l'éditeur n'y serait pour rien. Il serait vraiment trop bizarre de poursuivre l'éditeur pour avoir, par le-fait matériel de publication et sans représentant, commis un délit dans un lieu dont il ne soupçonne peut-être pas l'existence ⁽¹⁾.

Inutile de dire que l'écrivain, comme complice, suivra son éditeur devant tout tribunal compétent; cela va de

(1) C. Cass., 18 sept. 1818; Sirey, 1818. 1. 307. — Nous avons parlé toujours de vente pour ne pas obscurcir encore et alourdir l'exposé de cette doctrine, tout ce que nous avons dit s'applique évidemment à l'exposition et à la mise en vente.

soi. Il a fourni l'instrument du délit, les moyens pour le commettre partout où le délit a été commis.

Cette théorie a une grande importance, non-seulement au point de vue de la compétence, mais encore quand il s'agit de déterminer quels sont les personnes responsables.

Voici ce qui peut arriver : Un éditeur et un auteur étrangers ont fait imprimer et publié dans leur pays un ouvrage, peut-être inoffensif chez eux, mais qui serait répréhensible en France. Ils l'envoient à un libraire français qu'ils chargent de la vente en France. Il y a bien un délit, nous avons supposé le livre délictueux; la publication a eu lieu en France par l'ordre et les soins de l'éditeur étranger. Donc délit commis en France par un étranger. Qui va-t-on poursuivre? l'éditeur étranger? ou « à son défaut » le libraire français? Nous avons déjà expliqué cette expression de l'article 42, et nous avons dit qu'elle signifiait : quand les tribunaux français ne pourront poursuivre les coupables, soit parce qu'ils ne les connaissent pas, soit parce qu'ils sont incompétents à leur égard.

L'éditeur étranger est connu; il n'est pas en France et on ne pourra sans doute le juger contradictoirement, c'est vrai; mais le délit a été commis en France, le tribunal français est compétent, il prononcera une condamnation par défaut contre l'éditeur (1). Cela suffit. Le libraire et

(1) Mais comment se fera la citation? La Cour de cassation nous le dit. Elle admet, « qu'à défaut de dispositions spéciales du Code d'Instruction criminelle sur la forme des actes de signification exigés dans les procédures criminelles, on doit s'en rapporter aux règles du droit commun, » et plus spécialement « qu'il faut procéder conformément aux dispositions soit du § 9 de l'article 69 du Code de Procédure

le colporteur, commettants de l'éditeur étranger, peuvent être sans crainte; ils ne seront pas poursuivis, comme auteurs principaux du délit, et même ils échapperont complètement à la répression, s'ils n'ont pas agi sciemment, s'ils étaient de bonne foi et s'ils ignoraient le caractère délictueux du livre; car, dans ce cas, on ne pourra pas davantage les atteindre comme complices.

Plusieurs tribunaux sont-ils saisis de l'affaire? On appliquera la règle admise par la jurisprudence en pareil cas. Le tribunal, premier saisi, celui qui a été le plus diligent gardera l'affaire. S'ils ont été saisis en même temps, on suivra l'ordre qui paraît indiqué par les articles 23, 63 et 69 du Code d'Instruction criminelle. Le tribunal du lieu du délit aura la préférence sur celui du domicile du prévenu, et celui-ci sur le tribunal du lieu où le prévenu a été trouvé.

civile, qui, dans le silence du Code d'Instruction criminelle à cet égard, régissent même la procédure criminelle. »

Arrêts de 1853 et 1854, cités par M. Faustin-Hélie. Instruction criminelle, t. III, p. 636.



CHAPITRE VI.

Des actions et de leur durée.

Toute infraction à la loi pénale donne naissance à une action : l'action publique, exercée au nom de la société, qui tend à la répression, à l'application de la loi. En outre si l'infraction est dommageable, si elle a causé à autrui un préjudice, il naît une seconde action, au profit de la personne lésée, l'action civile, pour la réparation du dommage.

Ces deux actions se retrouvent forcément dans les délits de presse contre les personnes ; au contraire, il ne pouvait être question d'une action civile dans les autres délits, puisque la présence d'une partie lésée, c'est-à-dire d'une personne est indispensable à la naissance de l'action civile. L'ordre public est seul attaqué, la société seule lésée dans les délits contre la chose publique. Le ministère public agira ; il poursuivra librement, quand l'existence de l'infraction lui semblera certaine.

Donc rien à dire pour tous ces délits, nulle intervention des particuliers et nulle entrave à l'exercice de l'action publique.

Notre étude des actions publique et civile, de leur

fonctionnement se restreint ainsi aux cas de diffamation, d'injure et de délits contre les chefs d'État et agents diplomatiques étrangers. C'est en effet dans ces hypothèses que l'action publique sera subordonnée à l'intervention de la partie lésée et c'est dans les délits de diffamation et d'injure seulement que l'action civile peut exister.

L'action publique. — L'action publique est subordonnée à l'intervention de la partie lésée; c'est une règle générale en notre matière; intervention dont la forme, les manifestations varient selon la diversité des cas. Presque toujours on exigera la plainte de la victime du délit; c'est ce qui a lieu dans les cas de diffamation et d'injure envers les particuliers, les membres des Chambres, les jurés et les témoins. Il n'y a guère qu'à lire les textes :

Article 47. — « La poursuite des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication aura lieu d'office et à la requête du ministère public, sous les modifications suivantes :

« 1° Dans le cas d'injure ou de diffamation envers les cours, tribunaux et autres corps indiqués en l'article 30, la poursuite n'aura lieu que sur une délibération prise par eux en assemblée générale, et requérant les poursuites, ou, si le corps n'a pas d'assemblée générale, sur la plainte du chef de corps ou du ministre duquel ce corps relève. »

La loi du 29 décembre 1875, pour mieux assurer la répression, avait, par son article 6, décidé que, dans ces cas, la poursuite aurait lieu d'office. La loi actuelle, en exigeant l'accomplissement de formalités nouvelles, antérieures à la poursuite, a reproduit en partie les

dispositions de la loi du 26 mai 1819 et s'est montrée moins sévère. Il se pourra même parfois qu'il soit impossible de remplir ces conditions de la mise en mouvement de l'action publique.

C'est ce qui arrivera notamment pour les corps élus, au moment où ils seront soumis à une réélection totale. Ainsi la Chambre des députés, un conseil municipal, sont diffamés; s'ils n'ont pas avant leur dissolution pris une délibération requérant des poursuites, la répression sera impossible et l'impunité assurée; car tout autant que le délit, la plainte est personnelle. La victime du délit est morte sans porter plainte; personne ne lui succède et ne prend sa qualité de victime; pas même ceux qui recueillent ses biens, son nom, un reflet de sa gloire ou de sa considération; pas même ses héritiers, si l'attaque n'a rejailli sur eux. Et dans notre hypothèse, où donc trouver des héritiers?

La Chambre dissoute est bien morte; sa personnalité ne s'est pas réfugiée sur d'autres têtes, sur une nouvelle assemblée; elle s'est effacée, elle a disparu, elle appartient à l'histoire et les nouveaux élus forment une personne morale nouvelle distincte de celle qui fut diffamée. Il ne reste donc personne qui puisse porter plainte, le délit sera impuni.

« 2° Dans le cas d'injure ou de diffamation envers un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la personne ou des personnes intéressées. »

« 3° Dans le cas d'injure ou de diffamation envers les fonctionnaires publics, les dépositaires ou les agents de l'autorité publique autres que les ministres, envers les

ministres salariés par l'État et les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public, la poursuite aura lieu, soit sur leur plainte, soit d'office sur la plainte du ministre dont ils relèvent. »

C'est le seul cas où l'on puisse agir sans le consentement de la partie lésée. Le législateur a préféré, cette fois, suivre la loi de 1875 que celle de 1819; il a craint que la répression ne fût entravée, empêchée par la faiblesse, l'inertie ou la mauvaise volonté du diffamé. Dans la diffamation envers un fonctionnaire, c'est quelquefois l'honorabilité de toute une administration qui est mise en suspicion. Il faut que la lumière se fasse, si le diffamé est trop indifférent ou s'il craint la preuve de la vérité, une révélation publique de ses agissements, le ministre duquel il relève n'aura pas les mêmes raisons pour rester inactif. Qu'on justifie sa conduite ou qu'on laisse là les affaires publiques!

Voilà pour les subordonnés, pour les fonctionnaires en général; la règle diffère en apparence et en la forme pour ceux qui, au point de vue de la hiérarchie, ne relèvent de personne, pour les ministres, qui sont à la tête de chaque administration; écrite sous la même inspiration, elle aboutit en somme au même résultat. Dans le cas de diffamation ou d'injure envers les ministres, comme le cas d'offense envers le Président de la République, l'action publique est libre, absolument indépendante de leur volonté.

Cela s'imposait dans le cas d'offense, aussi l'article 47 n'a pas eu à le dire; au contraire, l'action publique n'étant pas absolument indépendante quand il s'agit des fonctionnaires, il fallait un texte pour soumettre les ministres, ces premiers fonctionnaires, au droit commun

en matière pénale, de là ce passage de l'article 47, qui n'exige la plainte que des dépositaires de l'autorité publique « autres que les ministres » pour l'exercice de l'action publique.

« 4° Dans le cas de diffamation envers un juré ou un témoin, délit prévu par l'article 31, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte du juré ou du témoin qui se prétendra diffamé. »

Le texte du projet parlait de la diffamation *et de l'injure*; il fut adopté en première lecture, après rejet d'un amendement de M. Ribot demandant la suppression du paragraphe et l'indépendance de l'action publique. Pourquoi cet amendement fut-il rejeté? Nous ne le savons pas, pas plus que nous ne pouvons deviner pour quel motif, en seconde lecture, le texte revint tel qu'il est aujourd'hui, ne prévoyant plus que le cas de diffamation. Est-ce un souvenir de l'amendement de M. Ribot? A-t-on voulu rendre l'action publique indépendante, dans un cas où le juré et le témoin n'auraient pas à redouter la preuve des imputations, comme cela pouvait arriver en cas de diffamation? On peut le croire. — Quoi qu'il en soit, *lapsus* ou non, le texte est formel; le ministère pourra poursuivre librement pour délit d'injure envers un témoin ou un juré; la loi n'exige pas de plainte préalable.

« 5° Dans le cas d'offense envers les chefs d'État ou d'outrage envers les agents diplomatiques étrangers, la poursuite aura lieu soit à leur requête, soit d'office sur leur demande adressée au ministre des affaires étrangères et par celui-ci au ministre de la justice. »

Ainsi l'action publique n'est pas indépendante, telle est la règle. Sauf dans les cas exceptionnels que nous

avons rencontrés, il faut que les poursuites reçoivent une impulsion première, qu'elles soient motivées par l'intervention du diffamé. Et cela se comprend; il n'est meilleur juge que le plaignant pour décider s'il faut agiter ces questions où l'honneur est en jeu ou s'il ne vaut pas mieux laisser le silence et l'oubli s'étendre autour d'elles.

Tout dépend donc, en général, de la personne lésée; elle peut ne pas agir; le particulier diffamé peut même, par son désistement, arrêter la poursuite commencée (art. 60, *in fine*).

Mais aussi celui qui veut agir a toute latitude; il peut mettre l'action publique en mouvement. Ce n'est pas seulement devant le tribunal correctionnel, comme en droit commun, que la partie lésée a le droit de citation directe; les fonctionnaires, toutes les personnes énumérées au § 3 de l'article 47, les jurés et les témoins peuvent citer directement leurs diffamateurs devant la cour d'assises. L'infraction, pour être déférée à la cour d'assises, n'en est pas moins restée un délit; nous en verrons bientôt les conséquences.

D'une manière générale, les incapables peuvent porter plainte; car porter plainte n'est pas ester en justice, et par la plainte, même par la poursuite qui suivra à la requête du ministère public, les intérêts pécuniaires ne sont nullement engagés. Cependant nous pensons que le ministère public, pour agir prudemment, devra attendre la plainte du tuteur, de la femme autorisée; il ne doit pas oublier que le particulier plaignant a toujours le droit de se désister; ce qui pourrait arriver le plus souvent après le dépôt d'une plainte irréfléchie. Quant à la citation directe et à la constitution de partie civile,

ce sont là des actes de la vie civile qui ne peuvent être valablement faits que par des personnes capables d'ester en justice.

En droit commun, on s'inquiète peu des formes de la plainte; le ministère public pouvant agir d'office, sa régularité n'est pas une condition de la validité des poursuites. Il en est différemment ici; la plainte est l'origine de toute la procédure, il faut donc qu'elle soit régulière, que les dispositions du Code d'Instruction criminelle soient appliquées.

Ainsi, aux termes des articles 30, 48, 50 et 63 du Code d'Inst. crim., les plaintes ne peuvent être remises qu'au procureur de la République ou à ses auxiliaires et au juge d'instruction. Ainsi, aux termes des articles 31 et 65 du même Code, elles doivent être rédigées par les plaignants ou par leurs fondés de procuration spéciale, ou par le magistrat qui les reçoit, s'il en est requis. Elles sont signées par ce magistrat et par les plaignants ou leurs fondés de pouvoirs à chaque feuillet; et si ceux-ci ne savent pas signer, il en est fait mention ⁽¹⁾.

L'action civile. — A côté de l'action publique et devant la même juridiction, peut s'exercer l'action civile, l'action en dommages-intérêts de la personne lésée. C'est la règle de droit commun; donc, pour la théorie de l'exercice de cette action, renvoi aux principes généraux, posés par le Code d'Instruction criminelle en cette matière. Mais la loi de 1881 a posé quelques exceptions et dérogations à ces principes, il importe de les signaler.

(1) M. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, III, p. 56 et suiv. *Contra* : MM. Parant, p. 219; Chassan, II, p. 59 et 60; de Grattier, I, 343, n° 10; Grellet-Dumazeau, II, p. 147.

Pour les délits de diffamation et d'injure envers les particuliers, commis par la voie de la presse, délits déferés au tribunal correctionnel, rien de changé. L'action civile peut être portée indifféremment devant le tribunal correctionnel ou devant le tribunal civil. L'action civile ne peut être portée devant la juridiction répressive, qu'en même temps que l'action publique; cette juridiction n'a qu'une compétence exceptionnelle, accessoire à l'égard de l'action civile. Aussi, en cas d'acquittallement ou d'absolution, si elle décide que le fait n'est pas prévu par la loi pénale, ou que le prévenu n'en est pas coupable, ne peut-elle retenir l'action civile pour y statuer. Car, en renvoyant le prévenu de la plainte, qu'a-t-elle fait? Elle a déclaré qu'il n'avait commis ni délit, ni contravention; c'est-à-dire qu'elle avait été saisie à tort de l'action publique, et par conséquent de l'action civile. Elle a donc implicitement établi son incompétence à cet égard.

C'est le droit commun en matière correctionnelle; mais quand il s'agit de délits de presse, cette règle s'applique aussi bien en cour d'assises qu'en police correctionnelle.

L'article 58 le dit expressément : « En cas d'acquittallement par le jury, s'il y a partie civile en cause, la cour ne pourra statuer que sur les dommages-intérêts réclamés par le prévenu. Le dernier devra être renvoyé de la plainte sans dépens ni dommages-intérêts au profit du plaignant. »

C'est une dérogation à l'article 338 du Code d'Instruction criminelle; dérogation qui ne s'explique guère en droit. Le rapport à la Chambre nous dit bien : Ce sont des délits qui ont changé de juridiction, il était tout naturel que la règle, écrite pour les délits, les suivît en cour d'assises. — Non, cela n'était pas si naturel, quel

est donc le motif que l'on donne pour expliquer l'article 358 Inst. crim.? Est-ce qu'on parle du caractère de l'infraction? Pas le moins du monde; on a voulu épargner à la partie civile des frais considérables, éviter au prévenu un nouveau procès; c'était bien assez de le faire venir à la cour d'assises; il ne faut pas oublier qu'il est innocent.

Le véritable motif, celui qui a décidé le législateur à écrire cette dérogation à l'article 358, c'est un motif d'ordre politique. Voici comment s'en expliquait M. Lisbonne, dans son rapport : « Des journalistes, acquittés par le jury, ont expié le délit qu'ils n'avaient pas commis par des condamnations à des dommages-intérêts qui excédaient le maximum des amendes prononcées par la loi. Nous avons pensé qu'il était difficile, dans la matière qui nous occupe, de ne pas abroger cet usage, de laisser subsister un quasi-délit, après l'acquittement du délit et surtout de supposer que le jury, en répondant : *non*, à la question de culpabilité intentionnelle, n'a pas eu la volonté d'absoudre entièrement le prévenu. »

Ainsi, devant aucune juridiction répressive, en matière de presse, le quasi-délit ne peut donner lieu à des dommages-intérêts.

Y a-t-il une autre voie, une autre juridiction? Dans quelles conditions s'exerce l'action civile devant les tribunaux civils?

Il nous faut revenir ici sur ce que nous avons dit plus haut de l'action civile, en énumérant les cas dans lesquels la preuve des faits diffamatoires est permise, compléter les notions que nous avons données, montrer dans leur ensemble les règles qui s'appliquent à l'action civile.

La diffamation et même l'injure peuvent se présenter sous des apparences différentes; elles peuvent, selon que

les éléments essentiels, exigés par la loi pénale, sont ou non réunis, selon que leur auteur a eu ou non l'intention de nuire par exemple, constituer un délit pénal ou simplement un cas d'application de l'article 1382 C. civ., un délit civil ou un quasi-délit. Dans les deux cas, elles donnent naissance à une action en réparation du dommage causé, dans les deux cas, le tribunal civil en général pourra être saisi de la demande, mais la direction du procès ne sera pas la même toujours.

Action civile résultant d'un délit. — Si le délit doit être référé à la cour d'assises, c'est en vain qu'on essaiera d'actionner au civil. « L'action civile, résultant des délits de diffamation, prévus et punis par les articles 30 et 31, ne pourra, sauf les cas de décès de l'auteur du fait incriminé ou d'amnistie, être poursuivie séparément de l'action publique » (art. 46).

C'est la reproduction partielle de l'article 4 de la loi du 15 avril 1871. « Le but de cet article, disait, en 1871, M. de Ventavon au nom de la Commission, est d'atteindre la jurisprudence, au moyen de laquelle le fonctionnaire diffamé traduisait son diffamateur devant le tribunal civil et échappait par là à la preuve des faits diffamatoires, qui ne semblait autorisée, par la loi de 1819, que devant le jury. »

Y avait-il lieu de reproduire cette disposition? Cela est fort douteux; les motifs qui l'avaient fait écrire en 1871 ne subsistent plus maintenant. Les tribunaux civils ne pourraient plus alléguer que le principe et les règles de l'admissibilité de la preuve sont écrits, comme en 1819, dans une loi de procédure, dans une loi qui réglemente les poursuites principalement devant la cour d'assises; l'article 35, qui pose la règle, est absolument indépendant

des questions de compétence. Les craintes ont disparu, la précaution devenait inutile. Pour expliquer son maintien, on peut dire cependant que les débats seront plus solennels à la cour d'assises, qu'ils auront plus de retentissement; la réparation faite à l'homme public calomnié sera mieux assurée, et celui qui a failli ne pourra échapper aux éclats de la flétrissure par une porte basse, par un jugement rendu sans bruit dans l'enceinte peu fréquentée d'un tribunal civil.

La disposition a donc été maintenue et, dans l'article 46 comme dans la loi de 1871, elle est d'ordre public. Le tribunal civil que l'on voudrait saisir d'une demande en dommages-intérêts, fondée au fond et en la forme sur un délit de diffamation, prévu par l'article 30 ou 31, doit se déclarer d'office incompetent. Forcément le délit ira en cour d'assises. Le prévenu peut être acquitté pour une foule de motifs, qui font que le délit n'existe pas. Ce sera, par exemple, parce que les faits imputés sont vrais, ou parce qu'en les imputant, il n'a pas eu l'intention de nuire. Dans tous les cas la solution sera la même, au point de vue de l'action civile comme à l'égard de l'action publique : acquittement et renvoi de la plainte sans dépens ni dommages-intérêts au profit du plaignant; ce sont deux décisions inséparables, la première commande la seconde. Cependant les motifs de l'acquittement diffèrent, comme nous venons de le dire, et la conséquence c'est que parfois il restera derrière l'apparence du délit que l'arrêt d'acquittement fait tomber, un quasi-délit impuni, ou plutôt non réparé. Et ce quasi-délit qui survit à l'arrêt, aucune juridiction ne pourra l'accueillir. En effet, la question posée au jury est complexe. On lui a demandé : Le prévenu est-il coupable d'avoir, intentionnellement, par

la publication de faits erronés, porté atteinte à l'honneur ou à la considération de M.....? Et le jury a répondu : Non. — Comment peut-on assurer qu'il reste un quasi-délit? Ce peut être aussi bien parce qu'il a pensé que les faits étaient faux que le jury a prononcé un acquittement. En soumettant l'affaire au tribunal civil, on s'exposerait à une contrariété de jugements et on arriverait à rendre illusoire la prescription de l'article 46. — Le verdict d'acquittement efface donc toute responsabilité du prévenu. Cette doctrine arrivera certainement à consacrer parfois un déni de justice, mais ce sera bien rare; d'ailleurs nous n'y pouvons rien. Telle était certainement la doctrine de la Commission, le législateur a voulu, à tout prix, écarter les magistrats des procès politiques et il a admis, sans discussion, les idées de la Commission.

Si le délit est de la compétence du tribunal correctionnel, l'action civile du délit pourra être portée devant le tribunal civil, qui appliquera toutes les règles spéciales à cette action : inadmissibilité de la preuve selon les cas, prescription de trois mois.

Action civile résultant d'un quasi-délit. — Le demandeur s'adresse au tribunal civil, il n'a visé dans sa demande que l'article 1382 Code civil; mais c'est peut-être un moyen d'éviter les désagréments et le scandale d'un procès en cour d'assises, ou s'il s'agit de diffamation contre un particulier, c'est peut-être un moyen d'arriver à faire la preuve. Il peut, en un mot, y avoir là un déguisement de la nature du fait invoqué. — Le tribunal doit veiller à ce que rien ne se fasse de contraire à l'ordre public; il doit, d'office, et sans que le prévenu ait besoin d'alléguer qu'il a commis un délit, examiner les faits en eux-mêmes, les apprécier, et s'il pense qu'il y a délit,

appliquer les règles faites pour l'action civile du délit : se déclarer incompétent, si l'affaire est de la compétence de la cour d'assises; retenir l'affaire et interdire la preuve des faits diffamatoires, s'il s'agit de diffamation contre les particuliers (autres que les directeurs et administrateurs d'une société faisant appel à l'épargne ou au crédit public).

Quand donc appliquerons-nous cette théorie que nous avons faite sur l'article 1382? Le champ est restreint, c'est évident, cependant c'est encore une théorie pratique. Il y a des cas en effet, où le juge, pensant qu'il se trouve en présence d'un délit purement civil, ne pourra plus invoquer l'ordre public pour rejeter la preuve de la vérité des faits allégués contre un particulier. Et même il arrivera parfois que le juge n'aura pas à faire cette appréciation de la criminalité des faits. Nous supposons qu'il y a chose jugée, le prévenu a été acquitté; donc pas de délit. — De même, dans le cas d'amnistie. Le tribunal sera bien obligé de laisser de côté les règles faites pour les délits et de s'en tenir aux principes du droit civil pour statuer sur le quasi-délit.

Ceci nous amène à parler de la prescription; car c'est l'un des côtés intéressants de la question, de savoir à quelle prescription est soumise l'action civile devant les tribunaux civils.

La prescription. — Aux termes de l'article 65, l'action publique et l'action civile, résultant des crimes, délits et contraventions, prévus par la présente loi, se prescrivent après trois mois révolus, à compter du jour où ils ont été commis, ou du jour du dernier acte de poursuite, s'il en a été fait.

Prenant parti dans la discussion qui divise les auteurs,

et sans nous y arrêter, nous admettrons que le jour du délit ne doit pas être compté dans le délai de trois mois. La prescription se compte par jours en effet, par unités et non par fractions de jour; faire entrer le jour du délit dans le calcul, ce serait ou compter une fraction de jour, ou faire remonter le point de départ de la prescription à un moment où le délit n'était pas encore commis (1).

Mais une question particulièrement grave, toute spéciale au livre se pose ici, comment fixer le jour du délit?

Un livre est publié à Paris, deux mois, trois mois se passent, pas de poursuites. Le succès grandit, le livre voyage. Un beau jour, il est publié dans une petite ville, Molinchart ou Tarascon, peu importe, et il y rencontre des bourgeois fort offensés, qui prétendent bien en tirer vengeance. Ils se croient diffamés, peuvent-ils encore saisir les tribunaux ou bien y a-t-il prescription?

La question se relie à ce que nous avons dit plus haut pour déterminer le lieu du délit. Les délits de publicité sont des délits successifs, qui se renouvellent par chaque fait nouveau de publication, accompli par l'éditeur. Ils se renouvellent dans le temps, comme dans l'espace, au point de vue de la prescription, comme au point de vue de la détermination du lieu du délit. Il n'y a bien qu'un délit, qu'une peine, un seul tribunal pourra condamner. De même et par conséquent, il n'y aura qu'une prescription; — la même pour toute la France. Ainsi il arrivera peut-être que ces délits vont s'éterniser, devenir imprescriptibles, et cela, quand le législateur a réduit à presque rien, à trois mois, la durée de la prescription.

(1) M. Léveillé, à son cours. — Ortolan, II, n^{os} 1859 et suiv. — En sens contraire : Faustin-Hélie, II, n^o 1067; Garraud, *Précis de droit crim.*, n^o 814.

A quoi tient donc cette bizarrerie? A ce que, sans doute, les législateurs, celui de 1881, comme les autres, en faisant des lois sur la presse, ont toujours eu en vue la presse périodique, le journal. Là, il n'y a guère qu'une date de publication; on ne vend pas de vieux journaux. Le point de départ du délai de prescription est donc bien déterminé, c'est la date de l'arrivée chez l'abonné ou chez le colporteur. Le délit, comme la publication, est presque instantané. Un délai écourté se comprenait d'autant mieux que le délit est vite oublié, aussi vite que le journal. Mais un livre? un livre dure longtemps, il y en a d'immortels. Ce n'est pas que nous réclamions contre l'écrivain et contre les éditeurs qui reprendront le livre, de génération en génération, une responsabilité pénale sans fin; bien au contraire, mieux eût valu pour eux l'attention que l'oubli du législateur. Il est probable que leurs infractions même les plus légères ne seraient pas à peu près imprescriptibles.

Nous avons dit que le délai de la prescription était de trois mois. Cela est vrai pour toutes les infractions punies par la loi de 1881, — aussi bien dans le cas de complicité d'actions qualifiées crimes ou délits, que quand il s'agit d'une simple contravention. Le texte de l'article 65 parle en effet de crimes, et il est impossible d'en trouver dans la loi, en dehors des cas de complicité. Ce fut d'ailleurs l'objet d'une question de M. Lorois, et la réponse au nom de la Commission fut dans le sens que nous avons indiqué.

Ce serait une erreur de voir une objection à cette solution dans un passage où M. Lisbonne disait le contraire. Le projet de loi ne parlait en effet que de la prescription des délits et contraventions; M. Lisbonne ne faisait donc

que commenter mot à mot le projet, en renvoyant à l'article 637 Inst. crim. pour la prescription des crimes.

Le projet avait aussi admis une cause de suspension de la prescription; c'était au cas d'outrage envers les Chambres dans l'intervalle des sessions et des prorogations (art. 68, al. 2, du projet, devenu l'art. 65 de la loi). Le délit d'outrage a disparu, la disposition avec lui. Ce serait d'ailleurs faire une importation non raisonnée, que vouloir appliquer en droit pénal la règle de droit civil : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio*, règle contestée du reste. La prescription n'est pas, comme en droit civil, la peine d'une négligence ou d'une inertie à faire des poursuites, ni une présomption de libération, tirée de cette inertie. Ce qui se trouve au fond de la prescription pénale, ce qui la motive, c'est la marche, l'œuvre souveraine du temps; le souvenir du fait délictueux s'en est allé, le besoin de l'exemple a disparu, l'oubli est venu, qui a tout obscurci, tout recouvert de son ombre; on subit les effacements du temps. Qu'il ait été ou non possible d'agir, est-ce que le souvenir va durer davantage?

S'il y a eu des poursuites dans les trois mois, un nouveau délai de trois mois sera nécessaire pour l'extinction des actions. Le texte est formel, il s'applique aussi bien aux contraventions qu'aux crimes et délits; c'est donc une dérogação au droit commun, d'après lequel la prescription en matière de contraventions n'est interrompue que par une condamnation.

Tout ce que nous venons de dire s'applique également à l'action publique et à l'action civile du délit.

Comme, en droit pénal, la prescription est d'ordre public, le juge doit la suppléer d'office. Le juge civil exami-

nera donc la recevabilité de la demande et, s'il se croit en présence d'une infraction à notre loi sur la presse, quelle que soit d'ailleurs la qualification des faits, il devra d'office, déclarer l'action non recevable, si trois mois se sont écoulés depuis le jour du délit ou le dernier acte des poursuites.

Dans les cas où, comme nous l'avons expliqué plus haut, la qualification des faits est imposée par un acquittement, l'action civile, fondée sur l'article 1382 C. civ., ne se prescrira que par trente ans⁽¹⁾. De même l'action civile qui survit à l'amnistie⁽²⁾. Résultat bizarre ! Celui qui a commis un délit sera en sécurité au bout de trois mois. Vienne une amnistie ou un acquittement, il pourra être poursuivi devant le tribunal civil pendant trente ans. — La foi est formelle, il n'y a pas moyen d'en sortir.

Nous venons de voir un des modes d'extinction des actions publique et civile : la prescription. Il n'est pas le seul, il y a encore, quant à l'action publique, le décès des prévenus, l'amnistie qui efface le délit. Et ce qui est plus spécial à notre matière, le désistement de la personne lésée ou sa renonciation au droit d'agir.

Assurément la renonciation éteint l'action civile, chacun est libre de régler ses intérêts comme il l'entend. Mais il y a plus. Dans tous les cas où l'action publique ne peut être mise en mouvement que sur la plainte de la partie lésée, il est évident que cette dernière pourra s'abstenir, renoncer à son action et rendre ainsi les poursuites impossibles.

(1) MM. Aubry et Rau, t. IV, p. 751 et s.

(2) M. Villey admet la même solution pour l'action civile après condamnation ou décès du prévenu. — *Revue critique*, 1875, p. 81.

Mais dès que la plainte est régulièrement formée, le ministère public reprend son indépendance; la personne lésée ne peut plus arrêter la poursuite commencée. Telle est la théorie générale, la théorie que l'on appliquait autrefois en matière de diffamation. — La loi actuelle vient d'y faire une brèche considérable. — Dans les cas de diffamation et d'injure envers les particuliers, le désistement du plaignant arrêtera la poursuite commencée (art. 60, *in fine*).

L'action publique, dans ce cas, est donc comme l'action civile, entièrement à la disposition de la partie lésée, et l'ancienne controverse sur la valeur de la transaction entre le prévenu et le plaignant, au point de vue de l'action publique, est à peu près supprimée, rendue à la théorie pure; elle ne peut plus se présenter dans le cas de diffamation et d'injure envers les particuliers.

CHAPITRE VII.

De la procédure.

Nous venons d'étudier l'action civile et l'action publique, les conditions de leur exercice, les juridictions compétentes, les résultats auxquels elles aboutissent, leur durée; il nous reste à examiner les formalités protectrices dont la loi les environne, à rechercher quelles garanties sont données au prévenu, en un mot, à expliquer la procédure qui n'est que l'ensemble de ces garanties.

Les règles de la procédure sont écrites dans les articles 47 à 62. Le législateur les divise en deux parties : Procédure devant la cour d'assises, procédure devant les tribunaux correctionnels et de simple police.

SECTION I.

Cour d'assises.

Les règles que nous allons trouver dans cette partie de la loi se rapprochent beaucoup de la procédure organisée en matière correctionnelle, par le Code d'Instruction cri-

minelle; il ne faut pas oublier, en effet, que les infractions pour lesquelles elles ont été établies sont toutes des délits que l'on a renvoyés devant une autre juridiction; ce sont des délits déferés à la cour d'assises.

On peut procéder de deux manières à la poursuite : par voie d'information ou par voie de citation directe.

La voie d'information, la plus longue de beaucoup, est par cela même celle qui convient le moins aux délits de presse; elle avait sa raison d'être autrefois; elle était employée surtout pour arriver à la saisie-séquestre (art. 7, loi du 26 mai 1819), puisqu'il fallait une ordonnance du juge d'instruction pour cette saisie.

Aujourd'hui ce motif n'existe plus, la saisie préventive n'est plus possible que dans le cas d'outrage aux mœurs par dessins, gravures, etc., dans les termes de l'article 28, et ce cas n'est pas de la compétence de la cour d'assises, sauf connexité, comme nous l'avons dit. Encore faudrait-il décider, quand l'outrage aux mœurs est commis par les illustrations d'un livre; que la saisie n'est pas permise.

Il reste bien une autre saisie dont nous avons parlé plus haut; mais nous savons qu'elle a peu d'importance; elle se réduit à quatre exemplaires et elle n'a lieu que si le dépôt prescrit par l'article 3 (et 10, pour les écrits périodiques) n'a pas été effectué; c'est seulement, disait M. Lisbonne, « un moyen de constater le corps du délit. » Nous avons déjà fait la critique de cette disposition, en ce qui concerne le livre; nous n'avons pas à y revenir.

La procédure d'information pouvait encore avoir un autre but : celui d'arriver à la détention préventive. Le procureur de la République, en effet, ne peut jamais délivrer de mandat d'arrêt, et il ne peut délivrer de man-

dat de dépôt que dans le cas de l'article 100 C. Inst. crim., et dans le cas de flagrant délit; mais la procédure du flagrant délit n'est pas applicable en matière de presse (Loi du 20 mai 1863, art. 7). Ce motif a disparu comme le précédent, car la loi nouvelle assure aussi bien le respect de la liberté des personnes que le respect de la propriété des écrits; pourvu qu'il soit domicilié en France, le prévenu ne pourra être arrêté préventivement (art. 49, alinéa 2). Ce n'est que dans le cas de crime, que l'inculpé, même domicilié, peut être soumis à la détention préventive.

Le mode le plus fréquent de poursuite, ce sera donc la citation directe; c'est bien aussi le plus moral; car les délits de presse vont vite. Ils sont venus le matin avec le journal et le soir ils s'en vont avec lui; ils sont vieux le lendemain, quelques jours après tout le monde les a oubliés. Avec le livre ils durent davantage; mais le législateur n'en a eu souci, nous l'avons vu à propos de la prescription. Il a réduit la prescription à trois mois, aussi de tous on peut dire qu'ils requièrent célérité.

Nous allons donc restreindre notre étude, nous attacher principalement au cas de citation directe; nous indiquerons au passage les modifications que subirait la procédure en cas d'information.

La citation peut être lancée par deux personnes : par le ministère public toujours, par la personne injuriée ou diffamée dans les hypothèses indiquées à l'article 47, §§ 3 et 4.

La citation qui ouvre le procès est un acte de la plus haute importance. C'est d'après ses énonciations, d'après la direction qu'elle donne aux poursuites que le prévenu va préparer sa défense; c'est contre les accusations qu'elle

renferme qu'il va amasser des preuves, rechercher les témoins qui établiront son innocence.

Il faut donc, et cela pour assurer les droits de la défense, il faut que la citation, qui est le premier acte, l'ouverture des hostilités, indique d'une manière précise sur quel terrain la lutte va s'engager.

« La citation, dit l'article 50, alinéa 1, contiendra l'indication précise des écrits, des imprimés, placards, etc..., qui seront l'objet de la poursuite, ainsi que la qualification des faits. Elle indiquera les textes de la loi invoquée à l'appui de la demande. »

Deux phrases qui ont soulevé déjà et qui soulèveront encore bien des difficultés. Le législateur a voulu entourer de tant de précautions le droit de la défense, qu'il en a presque rendu le prévenu inattaquable; sur cet article ont échoué déjà bien des citations.

Il faut d'abord « l'indication précise des écrits... qui seront l'objet de la poursuite. » Si la citation contient le texte même, les passages qui sont l'objet de la poursuite, il est bien évident qu'on aura satisfait à toutes les exigences de la loi. Il n'y aura rien à dire.

Mais ce moyen d'indication, s'il est sûr, a bien aussi ses inconvénients; la citation sera visée dans l'arrêt et grâce à cette reproduction le passage délictueux va se perpétuer et participer à la publicité des décisions de la justice. Aussi avait-on imaginé sous la législation antérieure une indication plus discrète, tout en restant aussi précise; on se contentait, en affirmant qu'il y avait là les éléments du délit, de signaler le passage délictueux par le titre de l'imprimé et les numéros des pages ou encore par les mots du commencement et de la fin et l'on joignait un exemplaire à la citation. De la sorte les juges

étaient aussi complètement renseignés et la décision judiciaire n'avait pas le grave défaut de copier et d'enchâsser les passages poursuivis.

Nous ne voyons rien, dans l'article 50, qui rende impossible aujourd'hui ce mode d'indication; il est donc parfaitement valable; c'est d'ailleurs l'avis de la Cour de cassation dans l'arrêt cité plus loin.

La citation doit contenir ensuite la *qualification des faits et les textes de la loi invoquée à l'appui de la demande*; le tout *à peine de nullité*. C'est là une innovation; l'article 183 C. Inst. crim., n'exigeait que l'énonciation des faits. — Quels sont donc ces « textes de la loi invoquée » ou ce « texte de la loi applicable à la poursuite ? » (art. 60-3°.)

Avant la loi de 1881, sur la presse, la citation des textes de la loi appliquée n'était prescrite que par les articles 163, 195 et 369 C. Inst. crim., pour motiver la condamnation et une jurisprudence constante s'était établie sur le sens de ces mots; elle n'exigeait que la citation des articles qui prononcent des peines. Il serait étrange que ce qui suffit à la justification de la condamnation, ne suffise pas, en matière de presse, à la régularité de la poursuite.

Aussi la Cour de Paris a-t-elle admis, dans un arrêt du 25 janvier 1882, que l'indication de l'article qui prononce la peine est suffisante pour la régularité de la citation, et que l'indication de tous autres articles serait surabondante. Les droits de la défense sont, en effet, sauvegardés, le prévenu sait quel délit on lui reproche; le texte qui prononce la peine le lui indique et il qualifie les faits. Si la citation ajoute à quel titre le prévenu est poursuivi, comme auteur principal ou comme com-

plice, qu'importe la mention des articles 42, 43 et 22? Ces textes apprendront-ils quelque chose de plus au prévenu? Exiger leur citation, à peine de nullité, serait d'un formalisme outré; ce serait, comme dit l'arrêt, « exposer les citoyens diffamés ou injuriés aux pièges et aux embûches d'une procédure écrivassière et inutile, » et s'il l'eût voulu faire, contrairement aux habitudes dont il peut s'honorer, le législateur devait s'en expliquer et faire connaître les motifs d'une innovation si étrange.

Le sens des mots « loi applicable » est donc resté tel que l'avait admis la jurisprudence; ils signifient : texte qui punit le délit, et la loi de 1881 n'a innové que sur un point, c'est en attachant la peine de nullité au défaut d'indication de ce texte qui prononce la peine.

Saisie d'un pourvoi contre l'arrêt que nous venons d'analyser, la Cour de cassation se prononça en ces termes :

« Au fond :

« Sur le moyen unique, pris de la violation des articles 48, 50 et 60 de la loi du 29 juillet 1881, en ce que la citation ne contient pas le texte de la loi applicable et en ce qu'elle n'indique pas l'article qui définit le délit de diffamation, ni ceux qui déterminent la situation et la responsabilité pénale des auteurs et des complices ;

« Attendu qu'aux termes des dispositions de ces articles, la citation, donnée à la requête du ministère public ou de la partie civile, doit énoncer les faits, les qualifier et indiquer le texte de loi, c'est-à-dire l'article applicable à la poursuite et à la demande ou les textes, si on relève plusieurs délits ou plusieurs contraventions de nature différente ;

« Attendu que toutes ces formalités ont été accomplies

exactement quand, comme dans l'espèce, la citation désigne avec précision les écrits, qui sont l'objet de la poursuite; quand elle affirme que ces écrits, rendus publics, renferment les éléments du délit de diffamation et quand enfin elle indique l'article de la loi sur la presse qui punit ce délit;

« Attendu qu'en interprétant dans ce sens la dernière loi sur la presse, et en rejetant le moyen de prétendue nullité de la citation, l'arrêt attaqué a sainement appliqué les dispositions des articles 48, 50 et 60 précités, lesquelles avec le sens et la portée qu'il leur a reconnus, ont paru suffisantes pour assurer à la défense toutes les garanties nécessaires;

« Attendu d'ailleurs que l'arrêt est régulier dans sa forme;

« Rejette, » etc. (1).

Ces règles sont communes aux citations directes devant le tribunal correctionnel et devant la cour d'assises; elles seront applicables au réquisitoire, à la citation donnée en vertu de l'arrêt de renvoi, dans le cas où le ministère public prendrait la voie de l'information; car les articles 48 et 50 sont conçus dans des termes équivalents et l'article 60-3° renvoie aux dispositions de l'article 48.

Toutes ces conditions remplies, la citation, à la requête du ministère public, est parfaite. Il en reste encore d'autres à remplir, quand la citation est à la requête du plaignant.

La cour d'assises ne siège qu'à d'assez longs intervalles et la session est close par l'épuisement des affaires portées au rôle. Il se pourrait donc que la citation soit

(1) Cass. (Ch. crim.), arrêt du 10 mars 1882. *Droit* du 18 mars.

tardive, c'est-à-dire que la clôture des assises arrive avant l'expiration des délais prescrits pour la citation. Le ministère public en sera toujours informé, il ne lancera de citation qu'en temps opportun; il est à même de se concerter avec le président des assises. Le plaignant n'a pas les mêmes facilités de se renseigner. Aussi, avant d'engager le procès, doit-il adresser une requête au président de la cour d'assises.

Celui-ci, en tenant compte des délais impartis par la loi entre la citation et la comparution, fixera sur cette requête les jours et heures auxquels l'affaire sera appelée, si la session n'est pas trop avancée (Art. 47, *in fine*).

Si, au contraire, la session touche à sa fin, le président se bornera à constater l'impossibilité dans laquelle il se trouve de donner jour au plaignant, par suite de la tardiveté de sa requête et le renverra à se pourvoir ainsi qu'il avisera. Le plaignant n'aura qu'à attendre les prochaines assises, à moins qu'il ne préfère user du droit qui lui appartient de saisir toutes autres cours d'assises compétentes, c'est-à-dire celles de tous les autres lieux du délit.

Enfin dernière ressource, il pourra, s'il n'y a d'autre moyen, provoquer la convocation d'assises extraordinaires; l'article 59 le lui permet, ainsi qu'au ministère public : « Si, au moment où le ministère public où le plaignant exerce son action, dit cet article, la session de la cour d'assises est terminée, et s'il ne doit pas s'en ouvrir d'autre à une époque rapprochée, il pourra être formé une cour d'assises extraordinaire, par ordonnance motivée du premier président. Cette ordonnance prescrira le tirage au sort des jurés, conformément à la loi.

« L'article 81 du décret du 6 juillet 1810, sera applicable aux cours d'assises extraordinaires, formées en exécution du paragraphe précédent. »

Le plaignant adressera donc une requête au premier président, qui appréciera l'utilité de cette convocation extraordinaire, en regard des frais qu'elle va imposer au Trésor, des dérangements qu'elle causera aux jurés. S'il pense qu'elle est nécessaire, il rendra à ce sujet une ordonnance motivée.

« Les présidents de la dernière assise, dit l'article 81 du décret du 6 juillet 1810, sont nommés de droit pour présider l'assise extraordinaire. En cas d'empêchement légitime, le président de l'assise sera remplacé à l'instant où la nécessité d'une assise extraordinaire sera connue, le remplacement sera fait par le premier président. L'ordonnance de remplacement contiendra l'époque fixe de l'ouverture de cette assise. »

Mais revenons au cas le plus simple : la citation peut être faite en temps utile, le président a donné le jour et l'heure où l'affaire sera appelée. Le plaignant est aussi bien informé que le ministère public pouvait l'être ; il est bon que le prévenu le sache. Aussi l'article 50 ajoute-t-il : « Si la citation est à la requête du plaignant, elle portera en outre, copie de l'ordonnance du président. » Ce n'est pas tout : « Elle contiendra élection de domicile dans la ville où siège la cour d'assises et sera notifiée tant au prévenu qu'au ministère public. »

« Toutes ces formalités seront observées à peine de nullité. »

Rien de nouveau dans ces prescriptions, si ce n'est la sanction, la peine de nullité. Et cette rigueur s'explique.

Nous verrons en effet que l'élection de domicile a, dans le cas de diffamation, une toute autre importance que pour les délits de droit commun. La nullité devrait être proposée, *in limine litis*, avant le tirage au sort des noms des jurés (art. 54).

Le délai entre la citation et la comparution en cour d'assises sera de cinq jours francs, outre un jour par cinq myriamètres de distance (art. 51). La citation est-elle faite à la date du 1^{er}, la comparution aura lieu le 7, on ne compte dans le délai ni le jour de la citation, ni le jour de la comparution.

En matière de diffamation, le délai est plus long, il est de douze jours. Il faut bien donner au prévenu le temps de préparer sa défense, et sa défense peut être très-compiquée, puisqu'il a à prouver la vérité de ses allégations.

L'article 52 ajoute comme l'article 51, « outre un jour par cinq myriamètres. »

Quel est le sens de cette disposition? Doit-on ou ne doit-on pas tenir compte des fractions inférieures à cinq myriamètres?

La Cour de cassation a jugé, en interprétant la formule analogue de l'article 203 C. Inst. crim. (outre un jour par trois myriamètres) « qu'il résulte de ces expressions que c'est cette distance et non une distance moindre que la loi a considéré comme devant faire ajouter un jour au délai ordinaire; qu'ainsi si l'appelant est domicilié à moins de trois myriamètres, il n'a droit à aucune augmentation de délai; que de même, lorsque la distance est de plus de trois myriamètres, il n'est dû un second jour d'augmentation que lorsqu'elle atteint six myriamètres; de sorte que les fractions au-dessous de trois myriamètres doivent

toujours être négligées ⁽¹⁾. » *Mutatis mutandis*, nous avons la solution de notre question. Le prévenu y perdra sans doute ; mais les textes nous semblent bien formels.

Le poursuivant a fait tout ce qu'il devait faire, le procès est engagé ; le prévenu prépare sa défense. S'il s'agit de diffamation, le mieux pour lui est de prouver qu'il a dit la vérité. Mais, en admettant que ce soit possible, la loi ne veut pas qu'il y ait de surprise, pas plus pour le plaignant que pour le prévenu. Celui-ci a été averti par la citation, il ne comparaitra que dans douze jours ; il faut que le plaignant sache de son côté sur quels points il aura à défendre son honneur. L'article 52 l'a prévu, il donne au prévenu cinq jours, pour faire des recherches, se préparer et répondre à la citation.

« Quand le prévenu voudra être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, conformément aux dispositions de l'article 35 de la présente loi, il devra, dans les cinq jours qui suivront la notification de la citation, faire signifier au ministère public près la cour d'assises ou au plaignant au domicile par lui élu, suivant qu'il assigne à la requête de l'un à l'autre :

« 1° Les faits articulés et qualifiés dans la citation, desquels il entend prouver la vérité :

« 2° La copie des pièces :

« 3° Les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire sa preuve. Cette signification contiendra élection de domicile près la cour d'assises, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve. »

Et à qui envoie-t-il sa réponse ? au ministère public,

(1) C. Cass., 11 mai 1843. En ce sens : M. Faustin-Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, t. VII, p. 258.

près la Cour d'assises ou au plaignant *au domicile par lui élu*. — C'est alors qu'apparaît l'utilité de cette élection de domicile. L'idéal de la procédure serait d'arriver à la suppression des retards, des délais, à une justice instantanée; c'est pour s'en rapprocher, dans la mesure du possible, que la loi exige l'élection de domicile auprès de la cour d'assises par le plaignant, à peine de nullité de la citation; par le prévenu, à peine d'être déchu du droit de faire sa preuve; elle supprime ainsi les délais de distance.

Cela rentre bien dans l'esprit de la législation nouvelle; car, aux termes de l'article 53, qui est la reproduction de l'article 22 de la loi du 26 mai 1819, ce n'est plus, dans les huit jours, comme en 1819, mais dans les cinq jours suivants que le plaignant ou le ministère public, selon les cas, sera tenu de répondre. Il a reçu la signification du prévenu, le 1^{er}, il devra le 6, au plus tard, lui faire signifier, au domicile par lui élu, la copie des pièces et les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire la preuve contraire, sous peine d'être déchu de son droit.

Ce sont là toutes les notifications à faire, d'après la loi de 1881; il en est une, qui a son importance et de laquelle elle n'a rien dit à l'imitation de toutes les autres lois sur la presse. Nous voulons parler de la notification de la liste des jurés; l'article 395. C. Inst. crim., dit que la liste sera notifiée à chaque accusé la veille du jour déterminé pour la formation du tableau et que cette notification sera nulle, ainsi que tout ce qui aura suivi, si elle est faite plus tôt ou plus tard. Cela se comprend pour les crimes de droit commun, l'accusé est à la maison de justice. Mais le prévenu est chez lui, à l'autre bout de la France peut-être; il n'y

a élection de domicile par lui faite près la cour d'assises que dans le cas de diffamation, et c'est à son domicile réel qu'il faut faire la notification, si on veut en faire une. Il faudra donc tenir compte de la distance, ajouter un jour par cinq myriamètres, comme pour la citation. Aucun texte ne s'y oppose; l'article 395 dans ses détails, est fait pour les accusés, non pour les prévenus. De cet article il ne reste qu'un point acquis dans notre cas; c'est que la notification de la liste des jurés est une formalité substantielle, dont l'omission entraîne la nullité des débats et tout ce qui a suivi (1).

De même, en dehors du cas de diffamation, art. 345 C. Inst. crim., ce ne sera pas vingt-quatre heures avant l'examen; mais vingt-quatre heures, plus le délai de distance que les noms, professions et résidence des témoins devront être notifiés à l'accusé par le ministère public ou la partie civile et réciproquement.

Toute demande en renvoi, pour quelque cause que ce soit, tout incident sur la procédure suivie devront être présentés, à peine de forclusion, non pas avant l'appel des jurés, tel qu'il se fait en vertu de l'article 399 C. Inst. crim., mais avant le tirage au sort des noms des jurés qui vont siéger. On veut éviter tout retard, et ce qu'on veut empêcher surtout, c'est que le prévenu se dérobe à ses juges, quand il les connaîtra. La loi ne lui permet plus de faire défaut, dès qu'il a entendu les premiers noms sortis de l'urne. — La loi du 27 juillet 1849 était moins sévère; elle permettait de faire défaut jusqu'à ce que le tirage au sort fût terminé.

L'article 55 est formel : « Si le prévenu a été présent

(1) C. Cass. (Ch. crim.), 8 décembre 1881.

à l'appel des jurés, il ne pourra plus faire défaut, quand bien même il se fût retiré pendant le tirage au sort. »

« En conséquence, tout arrêt qui interviendra, soit sur la forme, soit sur le fond, sera définitif, quand bien même le prévenu se retirerait de l'audience ou refuserait de se défendre. Dans ce cas, il sera procédé avec le concours du jury et comme si le prévenu était présent. »

Ainsi il n'y a, pour le prévenu, aucun moyen de faire défaut et de renvoyer à un autre jury le procès, dès qu'il soupçonne la composition du jury de jugement.

Quand, en 1819, par la loi du 26 mai, il déféra les délits de presse à la cour d'assises, le législateur pensa qu'il fallait transporter devant cette juridiction, non-seulement le fait à juger, mais encore la plupart des règles, touchant la poursuite et le jugement des délits. La décision par défaut fut au nombre de ces parcelles, détachées de l'ensemble de la procédure correctionnelle. Il ne faut donc pas oublier son origine, l'arrêt par défaut n'est fait que pour les délits. En matière criminelle, devant la cour d'assises, il était et il est resté inconnu ⁽¹⁾.

(1) Nous employons ici le mot technique : *Arrêt par défaut* et nous le faisons intentionnellement. En matière criminelle, en effet, aussi bien qu'en matière correctionnelle, il existe une procédure contre les personnes régulièrement citées, qui ne comparaissent pas. C'est la procédure par contumace, aboutissant à un *jugement ou arrêt par contumace*. Mais personne n'ignore les différences profondes qui distinguent ces deux procédures :

1^o L'*accusé* contumace est, avant toute condamnation, frappé de la suspension de l'exercice de ses droits de citoyen, de l'interdiction d'ester en justice, et ses biens sont mis sous séquestre. — Rien d'analogue contre le prévenu.

2^o Le jugement ou l'arrêt *par défaut*, ne tombe que devant une opposition faite dans les délais légaux (très-courts); la condamnation par contumace tombe de plein droit si le contumax se représente dans les délais de prescription de la peine.

La loi du 26 mai 1819 (art. 16), renvoyait expressément au droit commun, au Code d'Instruction criminelle, chapitre des Contumaces, lorsque la mise en accusation avait été prononcée pour crimes commis par voie de publication, et que l'accusé n'avait pu être saisi.

Aujourd'hui la loi de 1819 est abrogée, et avec elle le renvoi exprès au Code d'Instruction criminelle; mais le droit commun n'en reste pas moins applicable, toutes les fois qu'il n'y est pas expressément dérogé; c'est ce qui arrive dans notre hypothèse. Et d'ailleurs les expressions employées dans tout le chapitre, montrent bien qu'on n'a eu en vue que les délits; la loi n'emploie jamais que le mot : *prévenu*, qualification spéciale, faite pour les personnes qui ont à répondre de délits.

« Si le prévenu ne comparait pas au jour fixé par la citation, dit l'article 56, il sera jugé par défaut par la cour d'assises, sans assistance ni intervention de jurés. » Ce qui suit n'est que la reproduction des articles 187 et 188 C. Inst. crim. : « La condamnation par défaut sera comme non avenue, si, dans les cinq jours de la signification, qui en aura été faite au prévenu ou à son domicile, outre un jour par cinq myriamètres, celui-ci forme opposition à l'exécution de l'arrêt, et notifie son opposition, tant au ministère public qu'au plaignant. Toutefois, si la signification n'a pas été faite à personne ou s'il ne résulte pas d'acte d'exécution de l'arrêt que le prévenu en a eu connaissance, l'opposition sera recevable jusqu'à l'expiration des délais de la prescription de la peine. L'opposition vaudra citation à la première audience utile. Les frais de l'expédition, de la signification de l'arrêt, de l'opposition et de la réassignation pourront être laissés à la charge du prévenu. »

Pour que l'opposition soit valable et produise ses effets, l'article 57 exige l'accomplissement de trois conditions. Il faut : 1° Que le prévenu ait formé son opposition dans les délais indiqués en l'article 56. 2° Qu'il ait, dans les mêmes délais, signifié cette opposition aux personnes indiquées dans cet article. 3° Qu'il comparaisse par lui-même à la première audience utile depuis l'opposition.

La première condition est textuelle; l'article 57 est moins précis pour la seconde, il ne parle pas des délais dans lesquels doit se faire la citation. Mais il le sous-entend; cela est certain, sans quoi il serait intelligible; il obligerait l'opposant à comparaître à un jour fixé, sans que ses adversaires en soient avertis. D'ailleurs, cette condition est écrite dans l'article 56.

Enfin, le prévenu doit comparaître en personne; c'est l'application aux délits de presse de la règle écrite dans l'article 185 C. Inst. crim. Le prévenu ne peut se faire représenter par un avoué que dans des jugements relatifs à des délits qui n'entraînent pas la peine de l'emprisonnement, et cette peine est applicable à tous les délits déferés au jury.

Le prévenu a comparu, il est condamné, c'est définitif. Il ne lui reste que le recours en cassation, nous l'étudierons au chapitre suivant

Il peut alors être condamné à des dommages-intérêts envers la partie civile. De même au cas d'absolution; l'article 58 n'ordonne de renvoyer le prévenu, sans dépens ni dommages-intérêts au profit du plaignant que dans le cas d'acquiescement par le jury. Nous n'insistons pas, cette question a déjà été traitée à propos de l'action civile, nous passons.

SECTION II.

Police correctionnelle et simple police.

En matière de police correctionnelle et de simple police, renvoi au droit commun. Sauf quelques modifications cependant en matière correctionnelle.

L'article 60-3° parle de la citation. Nous aurons tout dit en citant ces paroles du rapport à la Chambre : « C'est l'extension à la poursuite devant les tribunaux, de la règle que nous avons déjà posée pour la poursuite devant le jury. »

« Dans le cas de diffamation envers les particuliers, prévu par l'article 32, et dans le cas d'injure, prévu par l'article 33 paragraphe 2, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la personne diffamée ou injuriée (art. 60-1°).

Puis deux innovations dont nous avons parlé :

Le délai de la citation est réduit à vingt-quatre heures, outre le délai de distance, dans le cas de diffamation ou d'injure pendant la période électorale envers un candidat à une fonction élective (art. 60-2°).

Le désistement du plaignant arrêtera la poursuite commencée (art. 60, *in fine*).

Aucune règle spéciale à l'appel.



CHAPITRE VIII.

Des pourvois en cassation.

La loi de 1881 a été brève sur la question du recours en cassation; comme l'article 68 abroge toutes les lois antérieures, relatives à notre matière, il ne reste sur les pourvois en cassation, à côté des articles 61 et 62 et pour les compléter, que le droit commun.

C'est donc dans le Code d'Instruction criminelle qu'il faudra rechercher les conditions de recevabilité du pourvoi, les motifs et les effets de la cassation, en un mot, toutes les règles du recours auxquelles il n'est pas expressément dérogé par la loi de 1881.

Cette loi modifie les règles du droit commun, en ce sens qu'elle facilite le recours en cassation.

En matière criminelle les condamnés, et, par identité de motifs les accusés, sont dispensés de payer l'amende pour le cas où ils succomberaient dans leurs recours.

En matière correctionnelle et de simple police, les condamnés à une peine privative de liberté sont dispensés, non plus de payer, mais de consigner cette amende. La même faveur était accordée aux personnes indigentes, sous des conditions que la loi énumère (art. 420, C. Inst. crim., loi du 23 juin 1877).

Les condamnés à une peine, emportant privation de la liberté pour une durée de plus de six mois, doivent se mettre en état, c'est-à-dire se constituer prisonniers, à moins qu'ils n'aient été mis en liberté provisoire avec ou sans caution, sous peine de s'entendre déclarer déchus de leurs pourvois (art. 421 C. Inst. crim., loi du 23 juin 1877).

La loi sur la presse a supprimé toutes ces conditions. La partie civile et le prévenu sont dispensés de consigner l'amende et le prévenu de se mettre en état (art. 61).

Elle a en outre accéléré la procédure, elle a abrégé les délais.

Ainsi le pourvoi doit avoir lieu un jour plus tôt que d'après l'article 373 C. Inst. crim.; cet article accorde aux parties trois jours francs après celui où l'arrêt a été prononcé; tandis qu'en matière de presse, le pourvoi devra être formé « dans les trois jours. »

Au lieu d'un délai de dix jours pour faire passer les pièces au ministre de la justice, qui les renvoie, dans les vingt-quatre heures à la Cour de cassation, il n'y a plus qu'un délai de vingt-quatre heures, dans lequel les pièces sont directement envoyées à la Cour de cassation.

Enfin, la Cour doit juger d'urgence dans les dix jours de leur réception. Mais ce délai, comme celui d'un mois, prescrit par l'article 425 Code Inst. crim., en matière pénale, est comminatoire et n'a que la valeur d'une recommandation. — On peut déjà le constater dans l'affaire Rochefort, Challemel-Lacour; l'arrêt attaqué est du 25 janvier et la décision de la Cour de cassation du 10 mars suivant.

CHAPITRE IX.

Des peines et des circonstances atténuantes.

Nous avons vu en étudiant chaque délit quelles peines il entraînait, ce chapitre serait donc absolument inutile et ne contiendrait que des redites, s'il s'agissait de revoir les peines d'amende et d'emprisonnement dont nous avons déjà parlé, et de faire une sorte de tarif pénal. Aussi n'est-ce pas notre intention. Nous ne voulons ici que grouper les théories qui intéressent l'application des peines et parler d'un moyen de répression que nous avions laissé complètement à l'écart.

La loi aussi l'a mis à l'écart, dans un article où personne n'irait le chercher; elle l'a égaré au milieu des détails de la procédure devant la cour d'assises, nous voulons parler de la saisie et de la suppression ou destruction des exemplaires après condamnation.

L'article 49, alinéas 2 et 3, est ainsi conçu : « En cas de condamnation, l'arrêt pourra ordonner la saisie et la suppression ou destruction de tous les exemplaires qui seraient mis en vente, distribués ou exposés aux regards du public. »

« Toutefois, la suppression ou la destruction pourra

ne s'appliquer qu'à certaines parties des exemplaires saisis. »

Dans cette disposition il s'agit bien d'une peine que le juge peut prononcer d'office. Mais il ne faut pas oublier toutes les restrictions dont elle est entourée.

Cette peine d'abord est facultative, l'arrêt pourra la prononcer, il n'y a pas d'obligation à le faire. Ensuite elle ne s'applique qu'aux exemplaires mis en vente, en distribution ou exposés aux regards du public; l'article dit : « distribués; » mais le sens ne saurait être douteux; on ne pourrait pas plus dépouiller les propriétaires des exemplaires distribués que ceux des exemplaires vendus; leur droit de propriété est tout aussi respectable, tant qu'ils n'en usent pas pour renouveler la publication. Enfin, le juge peut restreindre la suppression ou la destruction à certaines parties des exemplaires saisis. Il ne faut pas, pour un passage qui lèse le droit du plaignant, aller ne tenir aucun compte des droits du prévenu.

Évidemment cette peine s'applique aussi bien devant le tribunal correctionnel que devant la cour d'assises; on ne concevrait pas qu'il en fût autrement. A défaut du texte mal situé et rédigé d'une façon trop spéciale, le rapport verbal de M. Lisbonne, à la séance du 5 février 1881, nous en fournit la preuve, il parle et du jugement et de l'arrêt de condamnation.

Nous avons considéré jusqu'ici la suppression ou la destruction comme une peine. Devant les juridictions répressives, cela reste vrai d'une manière absolue; car, en cas d'acquiescement, le juge ne pourrait la prononcer à aucun titre.

Mais devant les tribunaux civils?

Le demandeur pourrait obtenir la saisie et la suppres-

sion ou la destruction des écrits dommageables, à condition de la demander; ce serait un complément de la réparation, un moyen purement civil de faire disparaître la cause du préjudice souffert ⁽¹⁾. Ce ne serait plus une peine ni une mesure d'ordre public; c'est pourquoi le juge ne pourrait la prononcer d'office en dehors des conclusions du demandeur.

Nous avons fait connaître les différentes peines qui pourraient être appliquées. Il nous reste à dire les modifications qu'elles peuvent subir, à parler de la récidive et des circonstances atténuantes.

« L'aggravation des peines résultant de la récidive ne sera pas applicable aux infractions prévues par la présente loi. » C'est dans l'article 63, al. 1, qu'est écrite cette dérogation au droit commun.

Après cela, la loi ne pouvait se montrer rigoureuse pour les cas où plusieurs délits se sont succédé, sans que la justice soit intervenue; elle ne pouvait faire moins qu'appliquer ici les règles ordinaires du non-cumul des peines. En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée (art. 63, al. 2).

Il était nécessaire de le dire; car la Cour de cassation (18 février 1858) avait décidé que l'article 365 C. Inst. crim., qui prohibe le cumul des peines ne s'appliquait qu'aux crimes et délits prévus par le Code pénal.

Que doit-on entendre par délit? Faut-il distinguer entre les délits intentionnels et ceux que l'on a appelés délits-contraventions? — Nous signalons l'existence d'une controverse et nous passons. Nous en tenant à la définition de

(1) En ce sens : C. Cass., 5 avril 1839 (D. P. 39. 1. 188).

l'article 1 du Code pénal : « L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un *délit*, » nous appliquerons la règle du non-cumul des peines à ces infractions, sans rechercher s'il y a eu délit *intentionnel* ou non.

Le délit n'est pas une abstraction, il se détache rarement du fond de l'ouvrage avec la précision de la formule légale, il est toujours accompagné, entouré de circonstances qui le changent, le cachent ou l'atténuent. Les textes que nous avons étudiés sont écrits pour le délit qui atteint le maximum de netteté, d'intensité, pour le délit idéal, si nous osons parler ainsi ; il eût été inique de réprimer avec la même rigueur les délits moins réussis.

C'est pourquoi le législateur a admis l'application des circonstances atténuantes.

Pour les peines criminelles, l'article 463 du Code pénal est très-suffisant ; ces peines sont échelonnées, graduées et l'article fonctionne très-bien : quand le jury a admis l'existence de circonstances atténuantes, la cour est obligée d'abaisser la peine d'un degré ; elle peut l'abaisser d'un second degré ; c'est facultatif pour elle. Mais voici la difficulté : les peines correctionnelles ne sont pas graduées et ce sont presque toutes peines correctionnelles, en notre matière. — La conséquence, c'est que l'abaissement de la peine reste à la discrétion de la cour. Malgré l'admission de circonstances atténuantes par le jury, elle peut infliger le maximum de la peine. Telle est la règle du droit commun ; ce n'est pas celle que l'on a admise en matière de presse. On a craint que la sérénité du magistrat ne fût troublée, qu'une raison politique ne lui fît oublier son devoir ; on a voulu assurer l'application sincère du verdict.

De là, la fin de l'article 64 : « L'article 463 du Code pénal est applicable dans tous les cas prévus par la présente loi. Lorsqu'il y aura lieu de faire cette application, la peine prononcée ne pourra excéder la moitié de la peine édictée par la loi. »

La peine sera tout au moins réduite de moitié, la cour ou le tribunal restant libre de la diminuer encore dans la mesure indiquée à l'article 463 C. pénal.



CHAPITRE X.

Abrogation de la législation antérieure.

Nous ne retrouvons plus ici la formule banale, qui termine d'ordinaire les lois qui se succèdent sur une même question, cette formule par laquelle le législateur, à chaque pas en avant, déclare abrogées « les dispositions antérieures contraires à la présente loi. »

Le législateur de 1881 a développé davantage ses intentions, il a pris des formes plus précises pour dire sa pensée. C'est qu'en effet la loi de 1881, devant rester seule applicable aux diverses matières qu'elle renferme, il fallait bien abroger entièrement tout ce qui constituait la réglementation de ces matières autrefois. Il fallait faire table rase, et il fallait en même temps déterminer sur quels points devait porter l'abrogation. De là une forme énonciative en même temps que générale de l'article 68.

Article 68. — « Sont abrogés les édits, lois, décrets, ordonnances, arrêtés, règlements, déclarations généralement quelconque, relatifs à l'imprimerie, à la librairie, à la presse périodique ou non périodique, au colportage, à l'affichage, à la vente sur la voie publique et aux crimes

et délits prévus par les lois sur la presse et les autres moyens de publication, sans que puissent revivre les dispositions abrogées par les lois antérieures. »

« Est également abrogé le second paragraphe de l'article 31 de la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux, relatif à l'appréciation de leurs discussions par les journaux. »

Remarquons que l'abrogation est restreinte aux textes « relatifs..., aux crimes et délits prévus par les lois sur la presse et les autres moyens de publication. » Cela présente une certaine importance. La conséquence, c'est que les dispositions qui ont trait aux délits de la presse, de la parole et autres moyens de publication, mais qui se trouvent insérées dans des lois, dont l'objet est étranger à ces matières, restent en vigueur. L'article 68 nous donne, dans son alinéa 2, une application de cette théorie; il montre qu'il fallait une abrogation spéciale de l'article 31 de la loi du 10 août 1871; cet article faisant partie d'une loi étrangère à nos matières, ne pouvait tomber sous l'abrogation générale du premier alinéa.

Il en était ainsi, en ce qui concerne la législation pénale du livre, des articles 1, 3 et 4 de la loi du 18 germinal an X (publication de bulles, rescrits..., etc.), des articles 1 et 2 du décret du 7 germinal an XIII (impression de livres d'église), des articles 1 et 2 du décret du 20 février 1809 (impression des manuscrits de l'État), de l'article 9 de la loi du 24 mai 1834 et de l'article 6 de la loi du 7 juin 1848 (provocation à des attroupements), des articles 7 et 8 de la loi du 27 juillet 1879 (provocation à un rassemblement sur la voie publique ayant pour objet la discussion, la rédaction ou l'apport de pétitions aux Chambres), des articles 204 à 206 C. pénal (critiques, censures ou provo-

cations dirigées contre l'autorité publique dans un écrit pastoral).

Si nous n'avons pas étudié ces textes divers, c'est qu'ils n'établissent pas, à vrai dire, des délits de presse; ils constituent des dispositions toutes spéciales à certaines personnes ou à certains écrits; et c'est à ce titre seulement qu'ils ont pu survivre à toute la législation ancienne sur la presse.

Article 69. — « La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies. » Jusqu'à présent il fallait une promulgation spéciale (C. Cass., 4 août 1884).

Nous nous sommes permis, çà et là, dans le cours de cette étude, quelques critiques, inutile de les rappeler; nous ne voulons pas déjà faire une proposition de réforme. C'est à peine si on a vu les résultats que pouvait donner la loi nouvelle. Cependant, sans vouloir généraliser la critique, il est permis de constater que sur des points de détail, dans la courte expérience qui en a été faite, elle a déjà soulevé bien des difficultés. Ne serait-ce pas qu'elle a été votée d'une manière un peu hâtive? Voici d'ailleurs ce que disait un membre de la Commission, lors du retour à la Chambre du projet adopté par le Sénat : « Nous avons discuté longtemps dans la Commission, la question de savoir si nous apporterions des modifications au texte adopté par le Sénat et nous avons discuté cette question au point de vue des principes. Car nous devons déclarer qu'il y a eu de nombreux dissentiments, parmi les membres de votre Commission, sur le point de savoir si nous accepterions, sans y faire de modifications, le texte qui nous était apporté. Mais nous nous sommes inclinés, même en ce qui concerne les modifications portant sur les questions de principe, pour cette raison que nous avons cru

d'ordre supérieur : c'est que le temps ferait matériellement défaut pour que la loi pût être renvoyée au Sénat et nous être transmise à nouveau. (Très-bien, très-bien!) (Séance du jeudi 21 juillet 1881.)

Quoi qu'il en soit, nous devons, à l'honneur du législateur de 1881, constater que la loi nouvelle se sépare complètement de toutes les lois sur la presse qui l'ont précédée.

Il est entré dans une voie nouvelle, il a essayé de faire disparaître tout ce qui était délit d'opinion ; la loi de 1881 ouvre, pour la presse, l'ère de la liberté.



APPENDICE.



La loi que nous venons d'étudier va recevoir une atteinte considérable ; et l'une des mesures libérales qu'elle avait apportées, la suppression de la saisie préventive en matière de presse, va sans doute disparaître en partie. Et pourtant il s'agit d'un point, sur lequel le législateur de 1881 avait déjà fixé son attention et montré quelque rigueur ; il s'agit des publications obscènes, du délit d'outrage aux mœurs.

« Le commerce d'écrits et de gravures obscènes a pris, en effet, depuis quelque temps, dit M. Dreyfus dans son rapport (1), un développement scandaleux. »

Peut-être ce développement n'eût-il pas été aussi scandaleux, si la loi du 29 juillet eût été rigoureusement appliquée ; car M. le rapporteur constate que « le jury s'est montré justement sévère chaque fois qu'il a été saisi de la connaissance de ces délits. »

(1) Ce rapport sur un projet de loi, présenté par le Gouvernement, a été déposé à la Chambre des députés, le 8 juin 1882 (annexe, n° 927). — C'est grâce à l'obligeance de M. Drumel, député, que nous en avons eu à temps la communication. Nous lui adressons ici nos remerciements, ainsi qu'à M. Noël-Parfait, président de la Commission, qui a bien voulu nous renseigner sur les décisions prises avant le dépôt du rapport.

Quoi qu'il en soit, un projet fut présenté par M. Humbert, garde-des-sceaux; il peut se diviser en deux parties :

1° Par une simple addition à l'article 330 du Code pénal, il propose d'établir une assimilation complète entre le délit d'outrage public à la pudeur (délict d'action) et le délict d'outrage aux mœurs à l'aide de publications obscènes, de discours, de chants ou de cris.

2° Par une seconde disposition, il fait rentrer ces délits dans l'application du droit commun, soit en ce qui touche les formes et les conditions de la poursuite, soit en ce qui touche les règles de la complicité.

La Commission a rejeté la première partie de la proposition; elle a adopté la seconde, et ne voulant pas remanier la loi du 29 juillet, elle a proposé de faire du délict d'outrage aux mœurs un délict d'une nature spéciale. Voici le projet de la Commission :

Art. 1^{er}. — Est puni d'un emprisonnement de 1 mois à 2 ans et d'une amende de 16 à 3,000 francs, quiconque aura commis le délict d'outrage aux bonnes mœurs, par la vente, l'offre, l'exposition, l'affichage ou la distribution gratuite sur la voie publique ou dans les lieux publics d'écrits, d'imprimés autres que le livre, d'affiches, dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images obscènes.

Art. 2. — Les complices de ces délits dans les conditions prévues et déterminées par l'article 60 du Code pénal seront punis de la même peine et la poursuite aura lieu devant le tribunal correctionnel, conformément au droit commun et suivant les règles édictées par le Code d'instruction criminelle.

Art. 3. — L'article 463 du Code pénal s'applique aux délits prévus par la présente loi.

Art. 4. — Sont abrogées toutes les dispositions contraires à la présente loi.

Les peines pécuniaires sont aggravées de 4,000 francs. — Il n'est question que des publications par la voie de la *presse*. Une idée libérale a fait distinguer, et avec raison, le livre des autres imprimés; le livre, fût-il illustré, reste donc soumis à la loi de 1881 (de même des cris et discours). Mais qu'advient-il de cette bonne intention? Qu'est-ce qu'un livre? Qu'est-ce qu'un imprimé? Va-t-on revenir à la distinction de la loi de 1814 sur le nombre des feuilles? Comme dans toutes les questions de limites, il y a place ici à l'arbitraire.

Puis pourquoi revenir sur cette immunité donnée à l'imprimeur par l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881? Et surtout pourquoi le faire quand il ne s'agit, comme ici, que de tirages rapides?

Le point principal, le but du projet, c'est la police de la rue, des lieux publics. De là la saisie préventive, rétablie par ce renvoi de l'article 2 au droit commun; de même cet article rétablit l'arrestation provisoire, la prescription de trois ans, les règles relatives à la récidive.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Le fidéjusseur, qui s'est engagé *in duriores causam*, n'est pas obligé.

II. Le bénéfice de cession d'actions ne dut jamais être accordé aux *sponsores* et *fidepromissores* en Italie.

III. Les *correi promittendi non socii* avaient le bénéfice de cession d'actions.

IV. Les fidéjusseurs avaient, les uns contre les autres, le bénéfice de cession d'actions.

V. Ils n'avaient pas l'*exceptio cedendarum actionum* ; en ce sens que le créancier aurait été obligé de leur conserver ses actions, à peine de déchéance de ses droits.

DROIT CIVIL.

I. La nullité, prononcée par l'article 1599, en cas de vente de la chose d'autrui, est une nullité absolue.

II. L'article 1408 du Code civil est applicable, alors même que l'acquisition faite, pendant le mariage, de portion d'un immeuble, dont l'un des époux était copropriétaire par indivis, n'aurait pas fait cesser l'indivision.

III. Les articles 1753 et 1798 du Code civil donnent au bailleur et à l'ouvrier, non pas une action directe contre le sous-locataire et le maître, ni un privilège sur la créance du sous-locateur et de l'entrepreneur, mais l'exercice privilégié de la créance du sous-locateur et de l'entrepreneur.

IV. La vente d'un immeuble consentie par l'héritier apparent est nulle.

V. La séparation des patrimoines ne confère qu'un droit de préférence aux créanciers héréditaires.

VI. La renonciation de la femme à son hypothèque légale, au profit d'un tiers-acquéreur, n'efface que le droit de suite; la femme conserve le droit de collocation sur le prix de l'aliénation.

DROIT PÉNAL.

I. En dehors des cas prévus dans l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, la preuve de la vérité des allégations diffamatoires ne doit pas être admise devant les tribunaux

civils appelés à statuer sur l'action civile résultant des délits de diffamation envers les particuliers.

II. Le délit de diffamation envers un directeur ou administrateur d'une entreprise industrielle, commerciale ou financière, faisant appel à l'épargne ou au crédit public, doit être déféré au tribunal correctionnel, bien que la preuve des faits allégués soit admise en vertu de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881.

III. La provocation à commettre un délit doit, quand elle a été suivie d'effet, être déférée au tribunal correctionnel appelé à connaître du délit qui en est résulté.

IV. Est compétent, *ratione loci*, tout tribunal répressif dans le ressort duquel le livre délictueux a été publié par les soins de l'éditeur.

V. Est valable, en matière de diffamation, la citation qui énonce le fait, spécifie le délit et la qualité en laquelle le prévenu est cité, et indique les textes relatifs à la peine.

VI. Le prévenu de diffamation, déclaré coupable par le jury, peut être condamné à des dommages-intérêts envers la partie civile, même en cas d'absolution.

DROIT PUBLIC.

I. La diffamation, à raison de ses anciennes fonctions, envers une personne qui a été chef d'État ou agent diplomatique étranger, ne constitue pas une offense ni un outrage, mais seulement un délit de diffamation envers un particulier.

II. Lorsqu'un Français, accusé d'un crime et réfugié en

pays étranger, a été réclamé par le Gouvernement français et lui a été livré, il ne peut, quand il est traduit devant les tribunaux français, élever des exceptions fondées, soit sur l'illégalité de l'acte qui l'a livré, soit sur les termes restrictifs ou conditionnels de cet acte.

Vu par le Président de la thèse,

J. LÉVEILLÉ.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
